

**Individualschutz im Kartellrecht
unter besonderer Betrachtung der Stellung
des gebundenen Vertragsteils bei Verträgen
im Sinne des § 18 GWB**

Gerhard Klein

1977



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Individualschutz im Kartellrecht
unter besonderer Betrachtung der Stellung
des gebundenen Vertragsteils bei Verträgen
im Sinne des § 18 GWB

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Gerhard Klein
1977

Referent: Professor Dr. Kraßer
Korreferent: Professor Dr. Steindorff
Tag der mündlichen Prüfung:
16. Dezember 1977



- Inhalt -

	Seite
Inhalt	II
Literaturverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXVI
Einleitung	1
Erster Teil	3
A. Allgemeine Überlegungen zum Individualschutz und zu seiner Wirkungsweise	3
I. Begriffsbestimmung und Abgrenzung	3
II. Individualschutz - eine Aufgabe des GWB ?	6
III. Zum Schadensersatzanspruch gem. § 35 GWB	7
1. Der Sollenscharakter	7
2. Der Schutz der Vertragspartner	8
IV. Die Abwehransprüche	13
1. Der Unterlassungsanspruch	13
2. Der Beseitigungsanspruch	15
3. Die Ansprüche der Verbände	16
a) Der Unterlassungsanspruch	16
b) Der Beseitigungsanspruch	18
c) Verbandsklage bei Verletzung reiner Individualinteressen und reiner Allgemeininteressen	19
B. Individualschutz gewährende Vorschriften im GWB	21
I. Gruppenbildung	21
II. Vorschriften, die unmittelbar zu Schutz iSd § 35 führen können.	22

1. Individualschützende Vorschriften mit eigenständigem Sollenscharakter	23
a) § 25 GWB	23
aa) § 25 Abs 1 GWB	23
bb) § 25 Abs 2 GWB	23
aaa) Schutzgesetz für unter Druck stehende Unternehmen	24
bbb) Schutzgesetz für Dritte	25
cc) § 25 Abs 3 GWB	26
b) § 26 GWB	26
aa) Das Boykottverbot des § 26 Abs 1 GWB	26
bb) Das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs 2 GWB	26
aaa) § 26 Abs 2 als Schutzvorschrift	26
bbb) Der Anspruch auf Belieferung bzw. Abnahme	28
c) Andere Schutzgesetze	30
2. Individualschützende Vorschriften, bei denen sich der Sollenscharakter iVm § 38 Abs 1 ergibt	30
a) § 1 GWB	31
aa) Theorien zum Schutzgesetzcharakter	31
aaa) Die reine Institutionsschutztheorie	31
bbb) die gemischte Theorie	33
ccc) Die Individualschutztheorie	34
bb) Stand der Rechtsprechung	34
cc) Stellungnahme	37
dd) Die Bestimmung der von § 1 geschützten Individuen	38
b) § 15 GWB Preisbindung und Bindung der Geschäftsbedingungen in Drittverträgen	39
aa) Der Schutz der Vertragspartner	39
bb) Die Lage der Abnehmer der Gebundenen	40
cc) Der Schutz der Mitbewerber	41
c) § 20 GWB	43
aa) Schutz für Vertragsbeteiligte	43
bb) Schutz für Dritte	44
III. Vorschriften, bei denen der Schutz iSd § 35 von einer Verfügung der Kartellbehörde abhängt	45
1. Ermächtigungsbestimmungen als Schutzgesetze iSd § 35 ?	45
a) Die Gleichsetzungsproblematik	45
aa) Die Problematik bei § 27 GWB	46
bb) Die Problematik bei § 18 GWB	48
cc) Die Problematik bei § 22 GWB	49

	Seite
ad) Trennung von Eingriffs- und Verbots- tatbeständen	53
b) Das Eingriffsermessen	54
2. Der Anspruch auf kartellbehördliches Tätigwerden zum Schutze einzelner	57
a) Das Antragsrecht	57
b) Die Möglichkeit der Beschwerde	58
aa) Die Einleitung des Verfahrens	58
bb) Die Begründetheit	59
3. Einzelne individualschützende Eingriffstatbestände	65
a) Die Nebenbestimmungen des § 11 GWB	65
aa) § 11 Abs 3 u. 4 GWB	65
aaa) Die Auflage	66
bbb) Widerspruch, Beschränkung und Bedingung	66
bb) § 11 Abs 5 GWB	68
aaa) § 11 Abs 5 Nr 1 u. 3 GWB	68
bbb) § 11 Abs 5 Nr 2 u. 4 GWB	68
b) Die Unwirksamkeitsverfügung des § 17 Abs 1 GWB	70
aa) Der Schutz der Gebundenen	70
bb) Der Schutz der Mitbewerber	71
cc) Kein Schutz für Abnehmer der Gebundenen	71
c) Die Unwirksamkeitsverfügung des § 18 GWB	72
d) Die Untersagung des § 22 Abs 4 u. 5 GWB	74
e) Weitere Bestimmungen, die zu individualschützen- den Verfügungen ermächtigen	75
IV. Sonstiger spezifischer Individualschutz	76
1. Die Kündigungsmöglichkeit des § 13 GWB	77
2. Die Anordnung des § 19 Abs 2 GWB	77
a) Schutz für Vertragsbeteiligte	78
b) Kein Schutz für Dritte	78

3. Das Erlaubniserfordernis des § 19 Abs 3 GWB	79
C. Zusammenfassung	81
 Zweiter Teil	 84
A. Die Entwicklung der gesetzlichen Regelung wettbe- werbsbeschränkender Verträge iSd § 18 GWB unter besonderer Berücksichtigung des Individualschutzes	85
I. Die Kartellverordnung von 1923	85
1. § 1 KVO	86
2. § 8 KVO	87
3. § 9 KVO	88
4. Sonstige Bestimmungen der KVO	90
5. Zusammenfassung	91
II. Alliiertes Dekartellierungsrecht	92
1. Die Auslegung der Bestimmungen	93
2. Individualschutz	96
3. Zusammenfassung	99
III. § 18 GWB bis zur Novelle 1965	101
1. Darstellung und Entstehung	101
2. Schutzgesetzcharakter	102
IV. § 18 GWB bis zur Novelle 1973	104
1. Entstehungsgeschichte	104

	seite
2. Individualschutz	106
V. § 18 GWB in seiner geltenden Fassung	108
1. Entstehung	108
2. Auslegungskriterien der Neuregelung	110
B. Der Schutz des gebundenen Vertragsteils durch das bürgerliche Recht in der Rechtsprechung der Obergerichte	112
I. Bierlieferungsverträge	112
II. Kinowerbeverträge	120
III. Abgabebeschränkungen	121
IV. Wettbewerbsverbote	122
V. Verwendungsbeschränkungen	123
VI. Koppelungsvereinbarungen	125
VII. Zusammenfassung und Schlußbetrachtung	126
C. Erforderlichkeit der Einbeziehung des Indivi- dualschutzes für den gebundenen Vertragsteil	129
I. Hilfe für die wettbewerbliche Freiheit des gebundenen Vertragsteils	129
II. Kostenfreiheit für den gebundenen Vertragsteil	135
III. Nutzbarmachung des Eigeninteresses einzelner Unternehmen bei der Erhaltung und Förderung des Wettbewerbs	137
IV. Individualschutz und administrative Erleichterung	141

D. Besondere Probleme eines Individualschutzes für Gebundene	143
I. Negative Folgen von Individualeingriffen der Kartellbehörde	143
1. Zulieferungsverträge	143
2. Verträge auf der Absatzseite	145
II. Die Fortdauer der Vertragsbeziehungen nach einer kartellbehördlichen Unwirksamkeitsverfügung	148
E. Überlegungen zu einer konkreten Regelung des Individualschutzes der Gebundenen	153
I. "Per-se" - Verbot der Verträge iSd § 18 GWB	153
1. Verbot aller Verträge iSd § 18 GWB	153
2. Verbot der Koppelungsverträge iSd § 18 Abs 1 Nr 4 GWB	155
II. Individualschutz im überwiegenden Interesse des Gebundenen	157
1. Individualschutz ohne besondere Voraussetzungen	157
2. Individualschutz bei Machtübergewicht des bindenden Unternehmens	159
a) Anknüpfungspunkt: marktbeherrschende Unternehmen	159
aa) Verbot für marktbeherrschende Unternehmen	160
bb) Schutz bei Machtmißbrauch marktbeherrschender Unternehmen	161
b) Schutz bei Machtausübung nicht marktbeherrschender Unternehmen	162
aa) Schutz vor Druck im weiteren Sinne	163
ab) Die Anwendbarkeit von § 26 Abs 2 GWB	166
cc) Die Anwendbarkeit des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	172

	Seite
III. Individualschutz im Interesse der Wettbewerbs- ordnung	178
1. Alternative Gestaltungsmöglichkeiten des Wettbewerbsschutzes	179
2. Die wettbewerbliche Relevanz der Bindungen	179
a) Die gleichartige Bindung mehrerer Unternehmen	180
b) Die Bestimmung der wettbewerblichen Relevanz	181
aa) Administrative Erleichterung möglich ?	181
bb) Das Ausmaß des "gebundenen" Umsatzes	183
c) Die Billigkeit der Bindungsverträge	184
d) Ergebnis	185
IV. Die Stellung des gebundenen Vertragsteils im Verfahren	187
1. Die Stellung nach den geltenden Vorschriften	187
2. Erforderlichkeit eines Antragsrechts	191
3. Verfahrensregelungen des AGB-Gesetzes	193
F. Zusammenfassung	196

- Literaturverzeichnis -

- Arndt, Helmut Marktmacht auf der Nachfrageseite
in: WuW 1972, S. 84 ff
- Arnold, Hans Das Verbot der Diskriminierung nach
§ 26 Abs 2 GWB in seinem Verhältnis
zur Vertriebsbindung nach § 18 Abs 1
Nr 3 GWB
in: WuW 1960, S. 618
- Bachof, Otto Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht,
Verfahrensrecht in der Rechtsprechung
des Bundesverwaltungsgerichts, Band I,
3. A., Tübingen 1966
- Ballerstedt, Kurt Kartellverbot und Einzelvertrag
in: JZ 1956, S. 267 ff
- Zur Systematik des Mißbrauchsbegriffs
im GWB,
in: Strukturen und Entwicklungen im
Handels-, Gesellschafts- und Wirt-
schaftsrecht, Festschrift für Wolfgang
Hefermehl zum 70. Geburtstag,
München 1976, S. 37 ff
- Baumbach, Adolf/
Hefermehl, Wolfgang Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht
(einschließlich GWB), 8. A., 1960
- Baur, Jürgen F. Die Funktion des neuen Diskriminie-
rungsverbots nach § 26 Abs 2 S. 2 GWB
in: BB 1974, S. 1589 ff
- Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht,
Tübingen 1972
- Beckmann, Peter Die Abgrenzung des relevanten Marktes
im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen, Bad Homburg v.d.H., Berlin,
Zürich 1968
- Belke, Rolf Die Geschäftsverweigerung im Recht
der Wettbewerbsbeschränkungen,
Tübingen 1966
- Die vertikalen Wettbewerbsbeschrän-
kungsverbote nach der Kartellgesetz-
novelle 1973, Teil 1
in: ZHR 138 (1974), S. 227 ff, 291 ff
u. 413 ff, Teil 4 u. 5 in:
ZHR 139 (1975) S. 51 ff u. 129 ff

- Benisch, Werner Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit
in: WuW 1961, S. 764 ff
- Das geänderte Kartellrecht nach der Novelle 1965
in: DB 1965, S. 1035 ff
- Fehlwirkungen eines Individualschutzes nach § 18 der Kartellgesetznovelle
in: WRP 1970, S. 369 ff
- Bezenberger, Gerold Die zivilrechtlichen Ansprüche im Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
in: WRP 1956, S. 209 ff
- Biedenkopf, Kurt Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot. Vom Sinn eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
in: Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Heidelberg 1957, S. 11 ff
- Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassung, Heidelberg 1958
- Bierling, W. Die Sicherung des Marktzugangs dritter Unternehmen gegenüber Absatzbindungen
in: WRP 1969, S. 258 ff
- Blanke, Gerold Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, Göttingen 1974
- Blum, Arno Die Grundzüge des neuen deutschen Kartellrechts, Mannheim/Berlin/Leipzig 1925
- Bohn, Hans Der Zwang zur Aufnahme von Mitgliedern in Wirtschafts- und Berufsvereinigungen nach § 27 GWB
in: BB 1964, S. 788 ff
- Brugger, Gustav Zur Auslegung des § 1 GWB
in: WuW 1959, S. 467 ff
- v. Brunn, Johann H. Gedanken und Vorschläge für ein besseres Wettbewerbsgesetz
in: WuW 1972, S. 144 ff
- Busch, Arnd Die allgemeine Wettbewerbssituation in der Konsumgüterindustrie
in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, 1968, S. 161 ff
- Buxbaum, Richard M Die private Klage als Mittel zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Rechtsnormen, Karlsruhe 1972

- Coing-Kronstein-Schlochauer Schadensersatzansprüche bei einer Verletzung der Art. 85 und 86 des Vertrages zur Gründung der EWG, herausgegeben von der EWG-Kommission, Nr. 1 der Kollektion Studien, Reihe Wettbewerb
- Clodius, Gernot Die Mißbrauchsbestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen als Schutzgesetze, Göttingen, Jur. Diss. 1968
- Cramer, Horst Die Wettbewerbsverbote von Handelsvertretern und ihre kartellrechtliche Beurteilung, FiW Schriftreihe Heft 61, 1972
- Deringer, Arved Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar zu den EWG-Wettbewerbsregeln (Art. 85 bis 94) nebst Durchführungs-Verordnungen und -Richtlinien, Loseblattsammlung seit 1963, Düsseldorf, (zit.: Deringer, WuW/EWG-Wettbewerbsrecht)
- Deringer, Arved/
Tessin, Claus Zur Auslegung der Neufassung des § 18 GWB
in: WuW 1966, S. 132 ff
- Dietlein, Max Neue Rechtsmaßstäbe für Allgemeine Geschäftsbedingungen
in: NJW 1974, S. 969 ff
- Dietlein, Max/
Rebmann, Eberhard AGB aktuell, Erläuterungen zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Köln 1976
- Dittmann, Klaus/
Stahl, Henning Allgemeine Geschäftsbedingungen, Kommentar für den Geschäftsverkehr in Handel, Industrie, Handwerk und Dienstleistungsgewerbe, Wiesbaden und Berlin 1977
- Dörinkel, Wolfgang Die Novelle zum GWB
in: WuW 1965, S. 809 ff
- Eger, Otto Das Recht der deutschen Kartelle, Berlin 1932
- Ehle, Dietrich Zivilrechtsschutz bei verbotswidrigen Empfehlungen
in: DB 1963, S. 611 ff.

- Emmerich, Volker Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum GWB
1. Teil in: ZHR 139 (1975), S. 476 ff
u. 501 ff
2. Teil in: ZHR 140 (1976) S. 17 ff
3. Teil in: ZHR 140 (1976) S. 97 ff
- Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1969
- Anmerkung zum Urteil des BGH v. 22.10.1973 KZR 3/73
in: NJW 1974, S. 902 ff
- Wettbewerbsrecht. Eine Einführung, München 1975
- Eyermann, Erich/
Fröhler, Ludwig Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 6. A., München 1974
- Fechner, Erich Kostenrisiko und Rechtswegssperre -
Steht der Rechtsweg offen?
in: JZ 1969, S. 349 ff
- Fikentscher, Wolfgang Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten
in: BB 1956, S. 793 ff
- Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958
- Das Verhältnis von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs im deutschen und europäischen Recht, Festschrift für Walter Hallstein, Frankfurt 1966, S. 127 ff
- Vertrag und wirtschaftliche Macht, in: Neue Entwicklungen im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1971, S. 41 ff
- Als-Ob-Wettbewerb und Mißbrauchsaufsicht unter besonderer Berücksichtigung kartellrechtlicher Fragen der Energiewirtschaft, Frankfurt/M. 1971
- Zum Recht der Diskriminierungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in: WuW 1958, S. 257 ff
- Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, München 1971

- Fischerhof, Hans Anmerkung zum Urteil des BGH v.
22.10.1973 KZR 3/75
in: NJW 1974, S. 1556 f
- Fischer, Alexander Die Kündigung nach § 13 GWB im System
der gesellschaftsrechtlichen Lösungsmöglichkeiten, Jur. Diss., Münster 1970
- Fischötter, Werner Zum erweiterten Diskriminierungsverbot
nach § 26 Abs 2 GWB
in: WuW 1974, S. 379 ff
- Flume, Werner Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag
in: WuW 1956, S. 457 ff
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
Erster Band: Allgemeiner Teil,
9. A., München-Berlin 1966
- Frankfurter Kommentar Kaufmann, Rautmann u.a., Loseblattkommentar zum GWB, Köln ab 1958
Zitierweise: Frankf. Komm.
- Friedländer, Heinrich Das Kartellaufsichtsgesetz, Berlin
1924
- Gentz Das Diskriminierungsverbot in
§ 26 GWB und § 9 KartVO
in: WuW 1961, S. 587 ff
- George, Peter Wesen und Geltungsbereich des Begriffs
der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung in § 70
IV Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Frankfurt
1963
- Gleiss, Alfred/
Hirsch, Martin Ausschließlichkeitsverträge nach
der Novelle zu § 18 GWB
in: WRP 1966, S. 17 ff
- Gleiss, Alfred/
Kracht, F. Mißbrauchsbestimmungen des GWB
als Schutzgesetze?
in: NJW 1959, S. 971 ff
- Goldbaum, Wenzel Kartellrecht und Kartellgericht,
Berlin 1926
- Goll, Hans Verbraucherschutz im Kartellrecht
in: GRUR 1976, S. 486 ff
- § 22 GWB ein Schutzgesetz
in: WuW 1976, S. 291 ff

- Griesbach, Bernhard Wettbewerbspolitik ohne neues Leitbild?, München 1970
- Griesshaber, Herbert Die Beiladung zum Verfahren in Kartellverwaltungsachen, Diss. Heidelberg 1967
- Großfeld, Bernhard Die politische Tragweite der Wettbewerbsproblematik
in: WuW 1968, S. 719 ff
- Günther, Eberhard Zur Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
in: BB 1957, S. 721 ff
- Ausschließlichkeitsverträge
in: Zehn Jahre Bundeskartellamt 1968, S. 19 f
- Gutzler, Helmut Die Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
in: BB 1965, S. 917 ff
- Gelöste und ungelöste Fragen der Lieferverweigerung
in: BB 1966, S. 390 ff
- Hauelsen Das formelle subjektive Recht im Verwaltungsprozeß, insbesondere das Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens
in: DVBl 1952, S. 524
- Haußmann, Fritz/
Hollaender, Adolf Kartellverordnung,
Berlin 1925
- Hefermehl, Wolfgang Zur Anwendung des § 26 Abs 2 GWB auf selektive Vertriebsysteme
in: GRUR 1975, S. 275 ff
- Anmerkung zum Urteil des BFH vom 4.4.1975 ("Krankenhaus-Zusatzversicherung"), in: GRUR 1976, S. 156 ff
- Hempfung, Werner Die Kartellverordnung, Berlin 1930
- Hertin, Paul-Wolfgang Die Beteiligten an Kartellverfahren und ihre Rechtsstellung, jur. Diss., Münster 1969
- Hoffmann-Becking, M. Zum Stand der Lehre vom Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch
in: DVBl 1970, S. 850 ff
- Hohn, Enno Zivilrechtliche Folgen von Verstößen gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Hamburg 1963

- Hoppmann, Erich Zum Schutzobjekt des GWB, die sogenannten volkswirtschaftlichen Erkenntnisse und ihre Bedeutung für die Schutzobjektsdiskussion, in: Wettbewerb als Aufgabe, 1968, S. 61 ff
- Huber, Ernst R. Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, Tübingen 1953; Bd. II, Tübingen 1954
- Isav, Rudolf/
Tschierschky, F. Kartellverordnung, Berlin 1925
- Isay, Rudolf Die Geschichte der Kartellgesetzgebungen, Berlin 1955
- Jansen, Udo Die Koppelungsverträge im Recht der Wettbewerbsverträge, Homburg f.d. Höhe, Berlin, Zürich 1968
- Jungbluth, Werner Die Rechtsprechung des Kartellsenats in: Deutsche Richterzeitung 1960, S. 343 ff
- Kahrs, Werner Zivilrechtliche Ansprüche auf Grund einer Verletzung des Diskriminierungsverbots, Baden-Baden 1965
- Kartte, Wolfgang Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, Köln 1969
- Kelsen, Hans Reine Rechtslehre, 2. A., Wien 1960
- Klinger, Hans Die Rechtsprechung des Kartellgerichts, Berlin, Heft I 1930, Heft II 1934, Heft III 1937
- Knöpfle, Robert Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs 2 BGB
in: NJW 1967, S. 697 ff
- Zur Zulässigkeit der "Bündelung" von Bindungsverträgen bei der Anwendung des § 18 GWB
in: Festschrift für Bartholomeycik, Berlin 1973, S. 203 ff
- Koch, Eckart Schadensersatz bei unerlaubten wettbewerbsbeschränkenden Handlungen nach deutschem und europäischem Recht, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1968

- Koch, Eckart/
Stübing, Jürgen Kommentar zum Gesetz zur Regelung des
Rechts der Allgemeinen Geschäftsbe-
dingungen, Braunschweig 1977
- v. Köhler, Karl-Heinz Der Anspruch auf fehlerfreie Ermessens-
entscheidung im Kartellrecht
in: NJW 1971, S. 1537 ff
- Koenigs, Folkmar Das GWB und das Recht des unlauteren
Wettbewerbs unter besonderer Berück-
sichtigung der Wettbewerbsregeln
in: GRUR 1958, S. 589 ff
- Wechselwirkungen zwischen Gesetz
gegen Wettbewerbsbeschränkungen
und UWG
in: NJW 1961, S. 1041 ff
- Einige Probleme des § 18 GWB
in: Wettbewerb als Aufgabe, 1968,
S. 301 ff
- Kohlmann, Günther Das subjektiv-öffentliche Recht auf
fehlerfreien Ermessensgebrauch,
Berlin 1964
- Koller, Ingo Der Gleichheitsmaßstab im Diskrimi-
nierungsverbot des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen, Stuttgart
1972
- Krahe, H. Zur Anwendung des Diskriminierungs-
verbots auf preisbindende Unternehmen
in: BB 1961, S. 1303 ff
- Krasser, Rudolf Der Schutz von Preis- und Vertriebs-
bindungen gegenüber Außenseitern,
Köln/Berlin/Bonn/München 1972
- Langen, Eugen Kommentar zum Kartellgesetz, 4.A.,
Neuwied und Berlin 1965
Zitierweise: Langen
- Langen-Niederleithinger- Kommentar zum Kartellgesetz, 5.A.,
Schmidt begründet von Eugen Langen, Neuwied
u. Darmstadt, 1977
- Lehnich, Oswald/
Fischer, Norbert Das Deutsche Kartellgesetz,
Berlin 1924
- Lehnich, Oswald Die Wettbewerbsbeschränkung, Köln/
Berlin 1956

- Leo, Hans-Christoph Zum Begriff der Schutzvorschrift
in § 35 GWB
in: WuW 1959, S. 485
- § 18 GWB und der Änderungsantrag
der SPD
in: WRP 1961, S. 325 ff
- Der Ausschließlichkeitsvertrag in
den Entwürfen für eine Reform des GWB
in: WRP 1964, S. 330 ff
- Liebs, Rüdiger Wettbewerbsbeschränkende Vertriebs-
verträge und unerlaubte Handlung,
Stuttgart 1973
- Lipps, Wolfgang Rechtsmittel gegen Einstellungsmit-
teilungen der Kartellbehörden
in: WRP 1969, S. 368
- Löwe, Walter Welche gesetzgeberischen Maßnahmen
empfehlen sich zum Schutze des End-
verbrauchers gegenüber Allgemeinen
Geschäftsbedingungen und Formular-
verträgen?
in: BB 1974, S. 1033 ff
- Löwe Walter/
Graf v. Westphalen, Fr./
Trinkner, Reinhold Kommentar zum Gesetz zur Regelung
des Rechts der Allgemeinen Geschäfts-
bedingungen, Heidelberg 1977
- Lukes, Rudolf Der Kartellvertrag, München-Berlin
1959
- Lutz, Hans Auswirkungen der Kartellgesetz-
novelle auf vertikale Bindungsver-
träge nach § 18 GWG
in: BB 1965, S. 1336 ff
- Mailänder, Peter K. Privatrechtliche Folgen unerlaubter
Kartellpraxis, Karlsruhe 1964
- Die Befugnis der Marktbeteiligten
zur Rechtsbeschwerde im Kartell-
verfahren
in: WuW 1965, S. 657 ff
- Malzer, G. Zum Antragsrecht und Rechtsanspruch
auf Einschreiten der Kartellbehörde
in: DB 1972, S. 1955 ff
- Markert, Kurt Zum Schutzgesetzcharakter des
§ 25 Abs 1 GWB
in: WRP 1966, S. 330 ff

- Mayer-Wegelin, Heinz Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Loseblattkommentar, Frankfurt/M. ab 1958
- Merz, Hans Kartellrecht - Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit
in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Fr. Böhm zum 70. Geburtstag, 1965, S. 227 ff
- Mestmäcker, Ernst-J. Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge
in: JZ 1964, S. 441 ff
- Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht
in: AcP 168 (1968), S. 235 ff
- Möhring, Philipp Kontrahierungszwang nach neuem Kartellrecht
in: DB 1974, S. 223 ff
- Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes
in: NJW 1963, S. 81 ff u. 133 ff
- Möschel, Wernhard Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974
- Das Wirtschaftsrecht der Banken, Frankfurt 1972
- Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen
in: NJW 1975, S. 753 ff
- Müllensiefen, Heinz/
Dörinkel, Wolfram Kartellrecht, 3.A.,
Berlin 1938
- Müllensiefen, Heinz/
Risse, R. Praxis der Kartellrechtsprechung,
Stuttgart 1937
- Müller, Heinz/
Gries, Gerhard/
Giessler, Peter Kommentar zum GWB, 2. A.,
Frankfurt/M. seit 1966
Zitierweise: Müller/Giessler

- Müller-Henneberg, H./
Schwartz, Gustav Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 1.A. 1958, 2. A. 1963 mit Nachtrag zur Novelle 1965, 1966, 3.A. ab 1973
Zitierweise: Verfasser im Gem.Komm., Auflage
- v. Münch, Ingo
(Herausgeber) Besonderes Verwaltungsrecht, 2.A., Bad Homburg v.d.H.-Berlin-Zürich 1970
- Neumann, Erwin § 18 GWB im Streit der Änderungsbestrebungen
in: Kartellrundschau, Heft 5, 1964, S. 99 ff
- Nipperdey, Hans C. Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, Köln-Berlin-München 1965
- Paland, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 34. A., München 1975
- Pickel, Walter Diskriminierung durch preisbindende Unternehmen
in: BB 1965, S. 651 ff
- Plaßmann, Jochen Wettbewerbspolitische Leitbild, Freiheitsschutz und GWB
in: WuW 1970, S. 779 ff
- Raiser, Ludwig Vertragsfreiheit heute
in: JZ 1958, S. 1 ff
- Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht
in: summum ius, summa iniuria, 1963, S. 145 ff
- Rasch, Harold/
Westrik, Klaus Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Erläuterungen zum europäischen Kartellrecht, 3.A., Berlin 1966
Zitierweise: Rasch/Westrik
- Rasch, Harold Marktbeherrschung, Marktmacht und Diskriminierungsverbot
in: BB 1974, S. 1272 ff
- Redecker, Konrad/
v. Oertzen, Hans-J. Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4.A., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1971

- Reichsgerichtsräte-
Kommentar Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar,
herausgegeben von Reichsgerichtsräten
und Bundesrichtern, 11. A., Berlin 1959
Zitierweise: RGR-Komm. zum BGB
- Remmert, Wilhelm Gesetz Nr. 56, Text und Erläuterung,
Frankfurt/M. 1947
- Reuß, Wilhelm Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II,
Köln/Berlin/Bonn/München 1964-66
- Riesenkampff, Alexander/ Sauer, Stephan Zum Diskriminierungsverbot des
§ 26 Abs 2 GWB
in: BB 1975, S. 72 ff
- Rinck, Gerd Wirtschaftsrecht, 4. A., Köln/Berlin/
Bonn/München 1974
- Rittner, Fritz Die Ausschließlichkeitsbindung in
dogmatischer und rechtspolitischer
Betrachtung, Düsseldorf 1957
- Rechtssicherheit im Kartellrecht
in: WuW 1969, S. 65 ff
- Die Wettbewerbsverbote der Handels-
vertreter
in: ZHR 135 (1971), S. 289 ff
- Die Ausschließlichkeitsbindungen nach
dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen
in: DB 1957, S. 1091 ff
- Rupp, Hans Heinrich Verfassungsrechtliche Aspekte der
Postgebühren und des Wettbewerbs
der deutschen Bundespost mit den
Kreditinstituten, Köln 1971
- Säcker, Franz-J. Zielkonflikte und Koordinationspro-
bleme im deutschen und europäischen
Kartellrecht, Düsseldorf o.J.
(Schriftenreihe Der Betrieb)
- Sandrock, Otto Grundbegriffe des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen, München 1969
- Kritische Bemerkungen zum Entwurf über
die zweite Kartellgesetznovelle
in: WuW 1969, S. 205 ff
- Der Ausschluß von der Belieferung nach
§ 25 Abs. 1 GWB
in: Jur A 1970, S. 48 ff

- Sarninghausen, Hans-Cord Der Mißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Göttingen 1961
- Schlosser, Peter Verfahrenskontrolle unangemessener Allgemeiner Geschäftsbedingungen in: ZRP 1975, S. 148 ff
- Schlosser, Peter/
Coester-Waltjen, D./
Graba, Hans-Ullrich Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bielefeld 1977
- Schmidt, Ingo Erweiterter Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen in: Marktwirtschaft 1970, Heft 9, S. 21 f
- US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, Berlin 1973
- Schmidt, Karsten Zum öffentlich-rechtlichen Rechtsschutz des Veräußerers im Verfahren der Fusionskontrolle in: WuW 1976, S. 631 ff
- Kartellverfahrensrecht - Kartellverwaltungsrecht - Bürgerliches Recht, Köln-Berlin-Bonn-München 1977
- Schmiedel, Burkhard Kontrahierungszwang aus § 25 Abs 1 GWB? in: WRP 1966, S. 41 ff
- Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht; Erster Teil, Zivilrechtsdogmatische Grundlegung: Untersuchungen zu § 823 Abs 2 BGB, Tübingen 1974
- Schöne, Otto Die Beiladung zum Verfahren vor der Kartellbehörde nach § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB in: WRP 1960, S. 261 ff
- Scholz, Rupert Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, Berlin 1971
- Schramm, Carl/
Klaka, Rainer Das Deliktsrecht im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in: WRP 1958, S. 75 ff

- Schricker, Gerhard Territoriale Probleme und Klagerecht
bei unlauterem Wettbewerb
in: GRUR Int. 1973, S. 453 ff
- Schwartz, Gustav Die Problematik des § 18 GWB
in: GRUR 1971, S. 397 ff
- Schweins, Otto Das Kartellverbot als Grundlage eines
deliktischen Schadensersatzanspruchs
bei Drittverträgen (§ 35 GWB) unter
besonderer Berücksichtigung der
Schadensberechnung, Jr. Diss., Münster
1965
- Schwippert, Emil Die Ermessensentscheidungen der
Kartellbehörden und die Prüfungsbefug-
nis der Kartellgerichte, Diss. Bonn
1974
- Segelmann/
Niederleithinger Frankostationspreis- und Frachten-
basensysteme der Syndikate nach dem
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
in: WuW 1967, S. 453 ff
- Soell, Hermann Beiladung und Konkurrentenschutz
im Verwaltungsverfahren des Kartell-
gesetzes
in: Festschrift für Eduard Wahl,
Heidelberg 1973, S. 439 ff
- Soergel, H./
Siebert, W. Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-
Kommentar, 10. A., Stuttgart, Berlin,
Köln, Mainz 1967
Zitierweise: Siebert - Verfasser
- Sonntag, Peter-M. Ausschließlichkeitsverträge - Indivi-
dualschutz und Wettbewerbsschutz
in: WRP 1970, S. 229 ff
- Spengler, Albrecht Zivilrechtliche Auswirkungen des
Kartellgesetzes
in: WuW 1960, S. 410
- Der Diskriminierungstatbestand in
der Rechtsprechung des BGH und in
der Amtspraxis des BKartA
in: WuW 1963, S. 3 ff
- Über die Tatbestandsmäßigkeit und
Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbe-
schränkungen, Düsseldorf 1960
- Sprenkmann Das Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen in der Praxis
in: GRUR 1960, S. 526 ff

- Staffel, W. Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen, Kommentar, Berlin u. Leipzig 1926
- Stark Anhörung und Beiladung in Kartellverfahren
in: BB 1960, S. 465 ff
- Staudinger Kommentar zum BGB, 11. A. Berlin 1958
Zitierweise: Staudinger - Verfasser
- Stein, Axel Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - AGB-Gesetz, Kommentar, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1977
- Steindorff, Ernst Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt/M., 1958
- Zur Novellierung des Kartellrechts
in: BB 1970, S. 824
- Teilnichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs,
in: Neue Entwicklungen im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1971
- Zur Entwicklung des europäischen Kartellrechts (Teil I)
in: ZHR 137 (1973), S. 203 ff
- Gesetzgeberische Möglichkeiten zu verbesserter Durchsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
in: ZHR 138 (1974), S. 504 ff
- Wirtschaftsordnung und Steuerung durch Privatrecht?
in: Funktionswandel der Privatrechtseinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 4.4.1975 ("Krankenhaus-Zusatzversicherung")
in: JZ 1976, S. 29 ff
- Gesetzeszweck und gemeinsamer Zweck des § 1 GWB; Bemerkungen zum Urteil des BGH vom 14.10.1976, KZR 36/75
in: BB 1977, S. 569 ff

- Strickrodt, Georg Liefer- und Leistungsverträge unter der Wirkung des Kartellverbotes
in: WuW 1957, S. 75 ff
- Tetzner, Heinrich Das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs 2 S. 2 GWB,
in: JZ 1977, S. 321 ff
- Kartellrecht, 2. A., München 1967
- Tilman, Winfried Zur Rechtsstellung des Verbrauchers bei Wettbewerbsdelikten
in: ZHR 141 (1977), S. 32 ff
- Ulmer, Peter Der Vertragshändler, München 1969
- Die Anwendung des erweiterten Diskriminierungsverbots auf Markenartikelhersteller
in: BB 1975, S. 661 ff
- Zur Problematik vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen und zum Schutz des Intra-brand-Wettbewerbs im GWB,
in: ZHR 130 (1968), S. 164 ff
- Anmerkung zu KG v. 26.1.1977
in: BB 1977, S. 561
- Ulmer, Peter/
Brandner, Hans Erich
Hensen, Horst-Diether Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Köln 1977
- Völp, Fromut Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang bei preisgebundenen Markenartikeln
in: Der Markenartikel 1961, S. 279 ff
- Preisbindung und Diskriminierung
in: Der Markenartikel 1968, S. 56 ff
- Wagenführ, Horst Kartellgesetzgebung in Deutschland, Nürnberg 1973
- Walther, Carl A. Zur Frage der Durchsetzung der Mitgliedsaufnahme bei Wirtschafts- und Berufsverbänden
in: WRP 1959, S. 136 ff
- Weber, Max Wirtschaft und Gesellschaft, 1. Halbband, Köln-Berlin 1964
- Weidinger, Wilhelm Der Rechtsschutz betroffener Dritter im Kartellverwaltungsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Stuttgart 1968

- Weinhardt, Dieter Die Klagebefugnis des Konkurrenten,
Göttingen 1973
- Weyhenmeyer, Hans Wettbewerbsrechtliche Auswirkungen
eines Individualschutzes nach § 18
der Kartellgesetznovelle
in: WRP 1971, S. 155 ff
- Witthuhn, Wilfried Die Ausgestaltung der privaten Klage
im Wirtschaftsrecht, Jur. Diss.,
Hamburg 1976
- Wolf, Manfred Die Klagebefugnis der Verbände,
Ausnahme oder allgemeines Prinzip?,
Tübingen 1971
- Würdinger, Hans Entflechtungsrecht
in: Gesetz und Recht 1947, S. 321 ff
- Allgemeine Geschäftsbedingungen im
Lichte der Dekartellierungsbestimmungen
in: MDR 1952, S. 129 ff
- Freiheit der persönlichen Entfaltung.
Kartell- und Wettbewerbsrecht
in: WuW 1953, S. 721 ff
- Exportkartell und EWG
in: WuW 1960, S. 313 ff
- Rechtskontrolle der Verfügungen der
Kartellbehörden durch Gerichte
 (§ 70 Abs. 4 GWB), Karlsruhe 1958 =
WuW 1958, S. 392 ff (vollständiger
Abdruck)
- Zweigert, Kurt Das neue Kartellgesetz, Köln/Berlin
1959

- Abkürzungsverzeichnis -

A.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
ABl.	Amtsblatt
abgedr.	abgedruckt
Abs	Absatz
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGB-Gesetz	Gesetz zu Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
Baumbach-Hefermehl	Baumbach, Adolf / Hefermehl, Wolfgang Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht (einschließlich GWB), 8.A., München 1960
BB	Der Betriebsberater, Zeitschrift (Jahr u. Seite)
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	amtliche Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des BGH (Band u. Seite)
BKartA	Bundeskartellamt
BT	Bundestag
Buchst.	Buchstabe
BWk.	Bundesminister für wirtschaft
DB	Der Betrieb, Zeitschrift (Jahr u. Seite)
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahr u. Seite)
DIDEG	Decartelization and Deconcentration Group (Vereinigte Dienststelle der Besatzungsmächte für die Ausführung der alliierten Dekartellierungsgesetze)

Diss.	Dissertation
e.	ein, eine, einer
Entsch.	Entscheidung
Entsch.u.Gut.	Sammlung von Entscheidungen und Gutachten des Kartellgerichts, herausgegeben von der Kartellstelle des Reichsverbands der Deutschen Industrie / der Reichsgruppe Industrie
F.	Fassung
Fa.	Firma
Frankf.Komm.	Frankfurter Kommentar zum GWB, herausgegeben von Kaufmann, Rautmann u.a, Köln ab 1958
Fußn.	Fußnote
gem.	gemäß
Gem.Komm.	Gemeinschaftskommentar zum GWB und zum Europäischen Kartellrecht, herausgegeben Müller-Henneberg, H. und Schwartz, G., 1.A. 1958, 2.A. 1963, 3.A. ab 1973
Gesch.Z.	Geschäftszeichen
Ges.No.56	Gesetz No.56 der amerikanischen Militärregierung (Dekartellierungsgesetz)
GG	Grundgesetz
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot; bei Rechtsprechungszitaten: Beiheft
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift (Jahr u. Seite)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.M.	herrschende Meinung
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr u. Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
Kap.	Kapitel
KartG	Kartellgericht

KartRSch	Kartellrundschau, Zeitschrift (Jahr u. Seite)
KVO	Kartellverordnung v. 2. Nov. 1923
Langen	Kommentar zum Kartellgesetz von Eugen Langen, Neuwied u. Berlin 1965
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier - Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr u. Seite)
Müller/Giessler	Kommentar zum GWB von Heinz Müller, Gerhard Gries und Peter Giessler, 2.A., Frankfurt/M. seit 1966
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr u. Seite)
Nr, No.	Nummer
oHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
Pos.	Position
Rasch/Westrik	Kommentar zum GWB und Erläuterungen zum europäischen Kartellrecht von Harold Westrik und Klaus Rasch, 3.A., Berlin 1966
Recht	Das Recht, Zeitschrift (Jahr u. Seite)
RegE	Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGR-Komm. zum BGB	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11.A., Berlin 1959
RGZ	amtliche Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des RG (Band u. Seite)
S.	Seite
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den Deutschen Staaten

Staudinger	Kommentar zum BGB, begründet von Staudinger, 11.A., Berlin 1958
u.	und
US	United States
u.U.	unter Umständen
v.	von, vom
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VO Nr. 78	Verordnung Nr. 78 der britischen Militärregierung (Dekartellierungsgesetz)
Wahlp.	Wahlperiode
WM	Wertpapiermitteilungen, Zeitschrift (Jahr u. Seite)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis, Zeitschrift (Jahr u. Seite)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb, Zeitschrift (Jahr u. Seite)
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartell- recht
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahr u. Seite)

Einleitung

Seit der Novelle 1973 ist die Kartellbehörde in der Lage, wettbewerbsbeschränkende Individualverträge im Sinne des § 18 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im Interesse individualisierbarer vertraglich gebundener Unternehmen für unwirksam zu erklären, soweit eine für den Wettbewerb auf dem Markt erhebliche Zahl von Unternehmen gleichartig gebunden und in ihrer Wettbewerbsfreiheit unbillig eingeschränkt ist. Diese Regelung hat zugunsten dieser individualisierbaren gebundenen Unternehmen individualschützenden Charakter. Da der Eingriff der Kartellbehörde jedoch nur möglich ist, wenn eine wettbewerbserhebliche Zahl von Unternehmen gleichartig gebunden ist, handelt es sich letztlich um eine Art von kollektivem Individualschutz.

Warum aber wurde das einzelne Unternehmen nicht individuell geschützt? Ist es allein nicht schutzwürdig?

Sind seine berechtigten Interessen bereits durch andere Vorschriften in ausreichendem Maße gewahrt? Ist eine Einbeziehung seines Schutzes in das GWB erforderlich?

Diesen Fragen versucht die vorliegende Untersuchung nachzugehen.

Der Individualschutz bei einzelnen, unter die Bestimmungen des GWB fallenden Vertragsgestaltungen kann aber nur zutreffend beleuchtet werden, wenn dabei auch das System des Individualschutzes im GWB in seiner Gesamtheit gesehen wird.

Um diese umfassende Sicht zu gewährleisten, wird sich ein erster Teil mit dem Individualschutz im gesamten GWB befassen. Hier soll insbesondere versucht werden, Funktion, Erscheinungsformen und Wirkungsweisen des Individualschutzes systematisch darzustellen.

Von dieser Basis ausgehend wird im zweiten Teil der Individualschutz bei Verträgen iSd § 18 GWB genauer betrachtet. Den Gegenstand dieser Betrachtung bildet in erster Linie die Stellung des durch Verträge iSd

§ 18 GwB gebundenen Vertragsteils und seine Schutzwürdigkeit. Da es sich bei den Verträgen iSd § 18 GwB um Verträge handelt, die nicht ohne ihre Verwurzelung im bürgerlichen Recht gesehen werden können, wird auch erörtert, inwieweit Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und darauf fußende Rechtsprechung zu einem Schutz des gebundenen Vertragsteils führen, und wie groß der Bereich ist, der von diesem Schutz nicht erfaßt wird. Die Frage, ob über die Bestimmungen des BGB hinaus Individualschutz für den gebundenen Vertragsteil erforderlich ist, Probleme, die ein solcher Individualschutz mit sich bringen kann und konkrete Regelungsmöglichkeiten dieses Individualschutzes bilden den Abschluß der Darstellungen.

Erster Teil

A. Allgemeine Überlegungen zum Individualschutz und zu seiner Wirkungsweise

Individualschutz tritt im GWB in mannigfaltiger Weise in Erscheinung. Trotzdem sind einige Überlegungen zum Individualschutz von allgemeiner Bedeutung und tauchen einige Probleme bei verschiedenen Bestimmungen mit individual-schützendem Charakter in gleicher oder ähnlicher Weise auf. Ihre Darstellung soll am Anfang stehen.

I. Begriffsbestimmung und Abgrenzung

"Individualschutz" bedeutet, vom Wortsinn ausgehend, "Schutz eines einzelnen". Man wird dabei "Schutz eines einzelnen", wie im allgemeinen Sprachgebrauch, als Fernhalten negativer Einflüsse auffassen können, aber auch, als Erzielung positiver Auswirkungen zugunsten eines einzelnen. Es fragt sich aber, ob unter Individualschutz jegliches Fernhalten negativer Einflüsse und jegliche Erzielung positiver Auswirkungen zugunsten einzelner verstanden werden kann. Das hätte nämlich zur Folge, daß man nahezu jede materiellrechtliche Norm des GWB als individualschützend betrachten müßte. Die Normen des GWB dienen ganz überwiegend der Verhütung und Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen. Die Beschränkung des Wettbewerbs wird durch die Beschränkung einzelner erzielt. Hieraus entstehen Nachteile entweder zu Lasten des unmittelbar Beschränkten oder zu Lasten Dritter, wobei der Kreis der Dritten unüberschaubar sein kann. Denn durch die Interdependenz aller wirtschaftlichen Vorgänge wirken sich Wettbewerbsbeschränkungen negativ nicht nur auf die unmittelbaren Marktteilnehmer aus, sondern auf einen weit größeren Kreis von Wirtschaftsteilnehmern, wenn auch in abnehmenden Maß mit dem Grad der Marktdferne¹⁾.

1) Benisch, WuW 1961, S.770

Eine so weitgehende Auslegung des Begriffs "Individualschutz" ist kaum nützlich, sie trägt nicht dazu bei, konkrete Ergebnisse zu erzielen. Eine Grenzziehung zum Schutz des Wettbewerbs, und damit zum Schutz der Allgemeinheit, wäre nicht mehr möglich. Doch gerade zwischen dem Schutz der Allgemeinheit und dem Schutz des einzelnen ist eine Unterscheidung erforderlich.

Von Individualschutz sollte man demnach nur sprechen, wenn das Gesetz oder die Verfügung gerade den Schutz eines einzelnen oder eines bestimmten Personenkreises im Auge hat, gegebenenfalls neben dem Schutz der Allgemeinheit. Es kann nicht genügen, wenn das Gesetz oder die Verfügung den Schutz der Allgemeinheit bezweckt und damit, als Reflex, auch dem einzelnen nützt. Individualschutz liegt aber vor, wenn das Gesetz die Gesamtheit der Staatsbürger als Summe der einzelnen schützen will, wie z.B. Vorschriften zum Schutz der Verkehrssicherheit oder Vorschriften zum Schutz des Verkehrs mit Nahrungs- und Arzneimitteln.

Bei den eben dargestellten Forderungen hinsichtlich individualschützender Vorschriften im GWB handelt es sich um Grundsätze, die das Reichsgericht²⁾ und der Bundesgerichtshof³⁾ bei der Frage aufgestellt haben, ob die Verletzung einer Vorschrift zu Schadensersatz iSd § 823 Abs 2 BGB führen kann, das heißt, ob die Vorschrift einen einzelnen oder, wie sich das Gesetz ausdrückt, "einen anderen" schützt.⁴⁾ Im Hinblick auf eventuelle Ansprüche nach § 35⁵⁾, die auch zur Voraussetzung haben, daß die Vorschrift oder Verfügung einen anderen schützt, empfiehlt es sich, auch im Bereich des GWB diese Abgrenzungskriterien zu verwenden⁶⁾.

2) RGZ 138, S.168 m.w.N.

3) BGHZ 13, S.41 m.w.N.; vgl auch RGR-Komm.zum BGB, § 823 Anm. 14 I

4) kritisch zu den formelhaften Wendungen der Rechtsprechung Schmiedel, Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht, S. 113 ff

5) Paragraphen ohne nachfolgende Angabe eines Gesetzes sind stets solche des GWB

6) vgl. BGH, WuW/E BGH 251, 259 ("4711"); WuW/E BGH 288, 290,

Leo⁷⁾ verlangt, individualschützende Vorschriften oder Verfügungen müssten in erster Linie den individuellen Interessen einzelner dienen. Das hätte eine sehr starke Einengung des Kreises der individualschützenden Vorschriften und Verfügungen zur Folge. Diese Forderung ist daher als zu weitgehend abzulehnen.⁸⁾

Eine weitere, zur Begriffsbestimmung und Abgrenzung des Individualschutzes erforderliche Formulierung wurde oben bereits verwendet: der Rechtsreflex. Hierunter sind positive Auswirkungen zugunsten einzelner zu verstehen, obwohl sie von dem Gesetz oder der Verfügung nicht bezweckt sind.⁹⁾ Rechtsreflexe können entstehen, wenn das Gesetz oder die Verfügung den Schutz der Allgemeinheit bezweckt - im GWB meist über den Umweg: Schutz der Institution Wettbewerb - und damit auch dem einzelnen nützt. Rechtsreflexe können aber auch entstehen, wenn das Gesetz oder die Verfügung bestimmte einzelne schützen will und sich daraus positive Auswirkungen auch für andere ergeben, die nicht zum Kreis der geschützten Individuen gehören, deren Schutz nicht bezweckt ist. Zwischen Individualschutz und Rechtsreflex gilt es zu differenzieren.

("Großhändlerverband II"), BGH NJW 1975, S. 1123 ff = WuW/E BGH 1364 f ("Krankenhauszusatzversicherung"); Baumbach-Hefermehl, 8. A., § 35 GWB Anm. 3; Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung ..., S. 217; Coing-Kronstein-Schlochauer, Schadensersatzansprüche ..., S. 11; Frankf. Komm. § 35 Anm. 10; Müller/Giessler § 35 Anm. 2; deutlich Schmidel, Deliktsobligationen ..., S. 3 ff, der § 35 Abs. 1 S. 1 für eine § 823 Abs. 2 BGB nachgeformte Bestimmung hält; ausführlich Witthuhn, Die Ausgestaltung der privaten Klage im Wirtschaftsrecht, S. 37 ff; kritisch Buxbaum, Die private Klage ... S. 44 und Knöpfle, NJW 1967, S. 697 ff (699)

7) Leo, WuW 1959, S. 487

8) im Ergebnis ebenso Witthuhn, a.a.O. (6)

9) vgl. Forsthoff, Allgemeiner Teil, S. 183; Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 11; allgemein auch Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 132 ff

II. Individualschutz - eine Aufgabe des GWB ?

Geht man von dem eben dargelegten, relativ engen Begriff des Individualschutzes aus, so ist die Frage zu stellen, ob diese Art des Individualschutzes überhaupt Aufgabe des GWB ist. Dabei sind zwei Erscheinungsformen des Individualschutzes zu unterscheiden. Zunächst der Individualschutz als Kehrseite des Wettbewerbsschutzes. Hierbei ist mit Kehrseite des Wettbewerbsschutzes nicht lediglich gemeint positive Auswirkungen auf Grund des Wettbewerbsschutzes (Reflex) sondern neben dem Schutz des Wettbewerbs, gezielter und bezweckter Schutz einzelner, die an diesem Wettbewerb teilnehmen. Dann, Individualschutz als der Schutz vor gezielten Angriffen auf einzelne, auf ihre Wettbewerbsfreiheit. Ob sich auch positive Auswirkungen auf den Wettbewerb ergeben, ist dabei von untergeordneter Bedeutung.

Die erste Erscheinungsform, Individualschutz als Kehrseite des Wettbewerbsschutzes, kann ohne Schwierigkeiten als Aufgabe des GWB erkannt werden. Hierfür ist ein Blick auf § 35 Abs 1 ausreichend. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber ausdrücklich Schadensersatz bei Verletzung von Vorschriften oder Verfügungen gewähren würde, unter der Voraussetzung, daß die Vorschriften oder Verfügungen den Schutz eines einzelnen anderen bezwecken, wenn er Individualschutz, zumindest als Kehrseite des Wettbewerbsschutzes, nicht als Aufgabe des GWB betrachtet hätte.

Schwieriger wird die Antwort jedoch hinsichtlich des Schutzes vor gezielten Angriffen auf einzelne. Es ließe sich die Meinung vertreten, für derartige Fälle sei das bürgerliche Recht, das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb oder ein anderes Gesetz der geeignete Ort, und nicht das Gesetz gegen wettbewerbsbeschränkungen, das den Wettbewerb als funktionierendes System im Interesse der Allgemeinheit erhalten will¹⁾. Andererseits ist das Allgemeininteresse

1) Begründung zum RegE, A.I., abgedr. im Gem.Komm. 1.A.
S. 1057 ff

an Funktionieren des Wettbewerbs auch dann tangiert, wenn durch gezielte Angriffe auf einzelne sein ordnungsgemäßer Ablauf in Frage gestellt, wenn der einzelne gehindert wird, seine Leistungen unbeeinträchtigt zu erbringen. In diesem Sinne wird man den Schutz des einzelnen vor gezielten Angriffen als Aufgabe des GWB bezeichnen können. Dabei ist festzuhalten, daß die Frage für das geltende Gesetz nur auf Grund einer Durchsicht der Bestimmungen beantwortet werden kann. Hier zeigt sich, daß das GWB, etwa mit dem Diskriminierungs- und Boykottverbot des § 26, den Schutz einzelner vor gezielten Angriffen anderer zu seiner Aufgabe gemacht hat.

III. Zum Schadensersatzanspruch gem. § 35

Eine bedeutende Auswirkung des Individualschutzes ist es, daß der geschützte einzelne bei Verletzung seines Schutzbereichs Schadensersatzansprüche gem. § 35 haben kann.

1. Der Sollenscharakter

Notwendige Voraussetzung für einen Anspruch gem. § 35 ist ein Verstoß gegen eine Vorschrift oder eine Verfügung, die den Schutz eines anderen bezweckt. Ein Verstoß ist nur möglich, wenn ein bestimmtes Verhalten gefordert wird, wenn sich die Vorschrift oder Verfügung also imperativisch an den Adressaten wendet. Für die Gewährung von Schadensersatzansprüchen im Sinne des § 35 reicht es daher nicht aus, daß die verletzte Vorschrift oder Verfügung lediglich den Schutz eines einzelnen anderen oder eines bestimmten Personenkreises bezweckt, die Vorschrift oder Verfügung muß sich darüberhinaus, gegebenenfalls in Verbindung mit einer anderen Vorschrift, mit einem Ge- oder Verbot an den Adressaten richten. Andererseits liegt noch keine Individualschutzvorschrift vor, wenn sie nur ein Verhaltensgebot

aufstellt. Das Verhaltensgebot muß zumindest auch im Interesse einzelner anderer erlassen sein, nicht allein im Interesse der Allgemeinheit.

Über § 35 hinausgehende Bedeutung kommt dem Sollenscharakter einer Vorschrift insoweit nicht zu. Insbesondere ist er nicht ausschlaggebend dafür, ob eine Vorschrift oder Verfügung Individualschutz gewährt oder nicht.

2. Der Schutz der Vertragspartner

Die Bestimmungen der §§ 15, 20 Abs 1 schützen den Vertragspartner, und die Verfügungen der § 17 Abs 1 und § 18 Abs 1 können Individualschutz zugunsten des Vertragspartners beinhalten¹⁾. In Verbindung mit § 38 Abs 1 ist das Hinwegsetzen über die Unwirksamkeit von Verträgen oder Beschlüssen, die nach § 15 oder § 20 Abs 1 unwirksam sind oder nach § 17 Abs 1 oder § 18 für unwirksam erklärt wurden, verboten. Ein Verstoß gegen diese Verbote könnte, da sie auch dem Schutz der Vertragspartner dienen, Schadensersatzansprüche eben dieser Vertragspartner nach sich ziehen, wenn sie sich an den unwirksamen Vertrag halten und hieraus ein Schaden resultiert.

Dem gebundenen Vertragsteil werden jedoch ganz überwiegend Schadensersatzansprüche verweigert. Zur Begründung wird angeführt, der Vertragspartner könne keine Ansprüche haben, weil er den Vertrag trotz rechtlicher Unwirksamkeit vollzogen und damit selbst rechts- und ordnungswidrig gehandelt habe²⁾. Eine weitere Begründung wird nicht gegeben. Unausgesprochen dürfte dahinter die analoge Anwendung des § 817 S.2 EGB stehen. Bei der Bestimmung des Schutzgesetz-

1) der Individualschutzcharakter dieser Vorschriften ist strittig; vgl hierzu unten S.39 ff, 43 f, 70 f, 72 f und 108 ff

2) Baumbach/Hefermehl § 20 GWB Anm 36 u. § 35 GWB Anm 18; Frankf.Komm. § 35 Anm 31; Leo, WuW 1959, S.485 ff (492 f); Schwartz im Gem.Komm. 3.A. § 15 Anm 43 u. § 20 Anm 26

charakters von § 25 Abs 2 verwendete erstmals der Frankfurter Kommentar³⁾ diesen Gedanken. Er ist der Meinung, daß § 25 Abs 2 ein Schutzgesetz zugunsten der unter Druck stehenden Unternehmen sei, wobei nur diejenigen Unternehmen schutzwürdig seien, denen Nachteile angedroht oder zugefügt würden. Ein Unternehmen, dem für ein mißbilligtes Verhalten Vorteile versprochen oder gewährt würden, könne nicht als geschützt angesehen werden. Nütze es die Vorteile aus, so widerspreche sein Schutz dem allgemeinen, sich aus § 817 S.2 BGB ergebenden Rechtsgedanken, daß derjenige, der selbst durch sein Verhalten gegen ein Gesetzesverbot oder gegen die guten Sitten verstoße, von der Rechtsordnung nicht geschützt werde und keine Ansprüche geltend machen könne.

Die Anwendbarkeit des Rechtsgedankens aus § 817 S.2 BGB erscheint hier indes zweifelhaft. Über den Rechtsgedanken des § 817 S.2 BGB besteht keine Einigkeit. Während teilweise die Auffassung vertreten wird, es handle sich zumindest auch um eine Strafmaßnahme⁴⁾, gewinnt die Meinung zunehmend an Boden, daß § 817 S.2 BGB lediglich die gerichtliche Durchsetzbarkeit für die Rückabwicklung des makelbehafteten Geschäfts versage⁵⁾.

Die Anwendung des § 817 S.2 BGB hat zur Folge, daß bei zweiseitigen Rechtsgeschäften, insbesondere bei gegenseitigen Verträgen, der Vorleistende auf eigenes Risiko handelt, da er wegen der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts weder Erfüllung verlangen, noch seine eigene Leistung zurückfordern kann. Das kann leicht zu unbilligen Ergebnissen führen. Die Vorschrift wird daher weitgehend als gesetzgeberisch verfehlt angesehen⁶⁾. Diese Erkenntnis hat in

3) Frankf.Komm. § 35 Anm 39; ihm folgend Müller/Giessler § 35 Anm 18

4) BGHZ 19, S.338; 39, S.87

5) BGHZ 36, S.395; 44, S.1 ff (6); Raiser, JZ 1951, S.718 f; Soergel/Siebert § 817 BGB Anm 6

6) BGH NJW 1966, S.730 m.w.N.

der Rechtsprechung dazu geführt, § 817 S.2 BGB als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen, um Unbilligkeiten in der Anwendung dieser sonst nicht in das Gefüge des Bereicherungsrechts passenden Bestimmung zu vermeiden⁷⁾. Eine ausdehnende Anwendung des aus § 817 S.2 BGB entnommenen allgemeinen Gedankens über das Gebiet des Bereicherungsrechts hinaus ist also grundsätzlich auszuschließen⁸⁾; der Gedanke ist damit bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung nicht anzuwenden⁹⁾. Eine Anwendung bei Schadensersatzansprüchen gem. § 35, die ebenfalls Ansprüche aus unerlaubter Handlung darstellen, ist daher abzulehnen¹⁰⁾.

Näher dürfte es liegen, die Frage der Ansprüche des Vertragspartners als ein Problem der unzulässigen Rechtsausübung zu sehen. Die schädigende Handlung iSd § 35 Abs 1 ist gem.

§ 38 Abs 1 in Verbindung mit der entsprechenden Schutzvorschrift oder -verfügung das Hinwegsetzen über die Unwirksamkeit des Vertrags. Hinwegsetzen über die Unwirksamkeit, damit ist jede Handlung gemeint, die der Durchführung des unwirksamen Vertrags dient¹¹⁾. Von seiten des Binders also: Lieferung der Ware, Annahme des Kaufpreises unter Hinweis auf die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung. Hat etwa die Kartellbehörde einen Ausschließlichkeitsvertrag gem. § 18 Abs 1 Ziff.2 Buchst.a) für unwirksam erklärt, liefert aber gleichwohl ausschließlich der Binder Waren an den Gebundenen, unter Hinweis auf den Ausschließlichkeitsvertrag, so könnte der

7) BGHZ 35, S. 103 ff (109)

8) BGHZ 44, S. 1 ff

9) BGH NJW 1951, S. 643; zum Ganzen auch Palandt § 817 BGB Anm 1b u. 3a

10) anwendbar ist § 817 S.2 BGB trotz der gegen ihn vorgebrachten Bedenken jedoch in seinem eigentlichen Sinn. Hat sich also z.B. ein Unternehmer in Kenntnis der maßgeblichen Tatumstände über die Unwirksamkeit eines Vertrags hinweggesetzt und den Vertrag erfüllt (Verstoß gegen § 38 Abs 1 iVm der entspr. Schutzvorschrift), so kann er von seinem Geschäftspartner nicht zurückverlangen, was er auf Grund des unwirksamen Vertrags geleistet hat; vgl Benisch im Gem.Komm. 3.A. § 36 Anm 36; Frankf.Komm. § 35 Anm 111

11) Mayer-Wegelin im Gem.Komm. 3.A. § 38 Anm 4

Schaden darin bestehen, daß sich der Gebundene an die unwirksame Ausschließlichkeitsbindung hält und er dadurch die Möglichkeit zu wesentlich billigerem Wareneinkauf versäumt.

Darf der Gebundene einen derartigen Schaden aber geltend machen ? Hier ist bedeutsam, wie er sich selbst verhält. Einleuchtend ist zunächst, daß ohne Entschluß, ohne Willen, ohne eigenverantwortliches Tätigwerden ein Schaden überhaupt nicht entstehen würde. Denn er ist es ja, der die anderen Einkaufsmöglichkeiten nicht nutzt. Mitverschulden iSd § 254 BGB liegt damit in jedem Fall vor.

Der Gebundene erfüllt dabei einen Vertrag, dessen Unwirksamkeit er kennt. Er erweckt somit bei dem Binder den Eindruck, daß er sich trotz Unwirksamkeitserklärung der Kartellbehörde an den Vertrag halten wolle.

Darüberhinaus verstößt er mit seinem Verhalten selbst gegen ein bußgeldbewehrtes Verbot. Er ist, ebenso wie der Binder, nach § 38 Abs 1 Nr 2 iVm § 18 gehalten, sich nicht über die Unwirksamkeit des Vertrags hinwegzusetzen.

Macht der Gebundene bei diesem Sachverhalt Ansprüche auf Schadensersatz nach § 35 geltend, so setzt er sich dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung aus, einem Einwand, der letztlich Ausfluß des Grundsatzes von Treu und Glauben ist¹²⁾.

Niemand darf im Widerspruch zu seinem früheren Verhalten ein Recht ausüben, wenn jenes frühere Verhalten den Schluß rechtfertigt, daß er ein bestimmtes Recht nicht geltend machen werde und er in dieser Hinsicht ein bestimmtes Vertrauen beim anderen Teil wachgerufen hat¹³⁾ (venire contra factum proprium). Das aber tut der ehemals Gebundene. Erst hält er sich an die Vereinbarung mit dem Binder und macht damit deutlich, daß er den Vertrag trotz Unwirksamkeitserklärung einhalten wolle und

12) vgl Palandt, § 242 BGB Anm 4 c aa

13) Siebert-Knopp, § 242 BGB Anm 228 f; Staudinger-Weber, § 242 BGB Anm D 323 m.w.N.

gegen seine Erfüllung nichts einzuwenden habe. Er bewirkt entsprechendes Vertrauen beim Binder. Doch dann will er gerade aus dem Umstand, daß er den Vertrag erfüllt hat, Ersatzansprüche geltend machen.

Ein weiterer Anwendungsfall für den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung ist dann gegeben, wenn jemand durch sein eigenes gesetz- und pflichtwidrige Verhalten einen Rechtsbehelf geschaffen hat, den er dann dem anderen gegenüber geltend macht¹⁴⁾. Der Schaden, der dem ehemals gebundenen Unternehmen entsteht, ergibt sich erst aus seinem eigenen bewußt gesetzwidrigen Verhalten, nämlich aus seinem Festhalten an dem für unwirksam erklärten Bindungsvertrag, das ebenso wie das Verhalten des Binders gegen § 38 Abs 1 Nr 2 iVm § 18 verstößt.

Das ehemals gebundene Unternehmen kann also, wenn sich der Binder lediglich über die Unwirksamkeitserklärung des Vertrags hinwegsetzt und das gebundene Unternehmen die Unwirksamkeit des Vertrags kennt, keine Ansprüche aus § 35 Abs 1 geltend machen.

Anders sind die Fälle zu beurteilen, in denen das gebundene Unternehmen irrtümlich von der Wirksamkeit des Vertrags ausgeht und der Binder diesen Irrtum möglicherweise noch bestärkt. Hier schafte das gebundene Unternehmen jedenfalls bewußt keinen Vertrauenstatbestand und verstößt, bei fehlender Fahrlässigkeit, nicht schuldhaft gegen ein Gesetzesverbot. In diesen Fällen wäre es nicht als unzulässige Rechtsausübung anzusehen, wenn das ehemals gebundene Unternehmen für den erlittenen Schaden Ersatz verlangt.

14) Palandt, a.a.O.; RGR-Komm. zum BGB, § 242 Anm 151; Siebert-Knopp, § 242 BGB Anm 193, jeweils m.w.N.

IV. Die Abwehransprüche

1. Der Unterlassungsanspruch

Neben Schadensersatzansprüchen können bei einem Verstoß gegen Schutzgesetze oder Schutzverfügungen auch Abwehransprüche in Gestalt von Unterlassungs- und bzw. oder Beseitigungsansprüchen entstehen. Der Unterlassungsanspruch ist im G/B nicht geregelt. § 35 Abs 2 spricht aber von einem Unterlassungsanspruch, der "auch von den Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen" geltend gemacht werden könne. Der Unterlassungsanspruch wird vom Gesetz also vorausgesetzt¹⁾

Einige Bestimmungen des BGB, so z.B. die §§ 12, 862, 1004, aber auch § 47 des Patentgesetzes, § 15 des Gebrauchsmustergesetzes und die §§ 24 u. 25 des Warenzeichengesetzes enthalten ausdrücklich geregelte Unterlassungsansprüche. In Fortbildung des diesen Bestimmungen zugrunde liegenden allgemeinen Rechtsgedankens hat die Rechtsprechung den Unterlassungsanspruch für eine große Anzahl weiterer Tatbestände gewährt. Die Unterlassungsklage ist bei allen ausschließlichen Rechten allgemein anerkannt. Darüberhinaus hat die Rechtsprechung die vorbeugende Unterlassungsklage zur Abwehr künftiger rechtswidriger Eingriffe in alle durch Schutzgesetze iSd § 823 Abs 2 BGB geschützte Lebensgüter und Interessen zugelassen^{1a)}. Ein Verschulden des Verletzers ist dabei nicht erforderlich. In diesen Fällen liegt weder ein Rechtsverhältnis vor, aus dem ein Unterlassungsanspruch entspringt, noch ist ein absolutes Recht betroffen, dessen Verletzung einen Unterlassungsanspruch auslöst. Die Rechtsprechung leitet einen Unterlassungsanspruch daher aus dem durch die unerlaubte Handlung im engeren Sinne (also nicht Gefährdungshaftung) gegründeten Schuldverhältnis mit der Begründung ab, daß in diesen

1) vgl. zum Unterlassungsanspruch BGH, WuW/E BGH 251 ff ("4711"); WuW/E BGH 288 ff ("Großhändlerverband II"); Beschl. v. 14.11.1968, BGHZ 51, 61 ff (67) ("Taxiflug"); Nr. 2 der Begründung zu § 28 des Regierungsentwurfs zum GWB, BT-Ds. II/1158, S. 44

1a) BGHZ 3, S. 270; 30, S. 7; vgl. auch Palandt, Vorb 8 vor § 823 BGB u. § 1004 BGB Anm 1 m.w.N.

Fällen, in denen eine Ersatzpflicht nach dem Gesetz vorgesehen sei, auch der vorbeugende Schutz durch den sogenannten deliktischen Unterlassungsanspruch gegeben sein müsse²⁾.

§ 823 Abs 2 BGB gewährt einen Ersatzanspruch nur bei Verstößen gegen ein Gesetz, das den Schutz eines anderen bezweckt. § 35 Abs 1 GWB hingegen gewährt Schadensersatz auch, soweit gegen eine Schutzverfügung verstoßen wird. Ob ein Unterlassungsanspruch auch bei Verstößen gegen eine Schutzverfügung gegeben ist, wurde von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden. Der Unterlassungsanspruch wird beim Verstoß gegen Gesetze aus der gesetzlich vorgesehenen Ersatzpflicht abgeleitet. Im Rahmen des GWB macht es im Hinblick auf die Ersatzpflicht, wie sich aus § 35 Abs 1 ergibt, keinen Unterschied, ob gegen ein Schutzgesetz oder gegen eine Schutzverfügung verstoßen wurde. Bei einer Schutzverfügung geht sogar bereits eine hoheitliche, auf den konkreten Fall zugeschnittene Entscheidung voraus, die den Adressaten auf seine Verhaltenspflichten aufmerksam macht. Aus diesem Grund kann von ihm in erhöhtem Maße rechtskonformes Verhalten verlangt werden³⁾. Der Unterlassungsanspruch ist daher auch bei Verstößen gegen Schutzverfügungen zu gewähren⁴⁾.

-
- 2) RGZ 48, S.114 ff (118); RGR-Komm. Vorb. 74 vor § 823 BGB zur Unterlassungsklage im Kartellrecht als präventiver Schutz vgl. auch Witthuhn, Die Ausgestaltung der privaten Klage ..., S. 132 ff
- 3) dieser Gedanke hat auch bei der Gestaltung der Ordnungswidrigkeitstatbestände Eingang gefunden. Nach § 38 Abs 1 Nr. 2, 4 u. 5 genügt bei vorhergegangener Verfügung für eine Ordnungswidrigkeit bereits fahrlässiges Handeln
- 4) so auch Frankf. Komm. § 35 Anm 101; nicht eindeutig Benisch im Gem. Komm. 3.A. § 35 Anm 28

2. Der Beseitigungsanspruch

Zukünftige rechtswidrige Eingriffe werden von der vorbeugenden Unterlassungsklage unterbunden. Davon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen der widerrechtliche Eingriff ohne erneutes positives Handeln noch andauert, z.B., wenn ein Unternehmen andere Unternehmen in der Absicht, bestimmte Wettbewerber zu beeinträchtigen, zu Liefersperrern auffordert und die anderen Unternehmen die Liefersperrern tatsächlich weiterhin aufrecht erhalten. Eine weitere Schädigung kann hier nur durch positive Maßnahmen - etwa eine Rücknahme der Aufforderung den Unternehmen gegenüber - verhütet werden. Es handelt sich also um die Wiederherstellung des früheren Zustandes, die Beseitigung der Folgen des schädigenden Eingriffs.

Soweit schuldhaft Verstöße gegen Schutzgesetze oder Schutzverfügungen vorliegen, wird dieses Ziel ohne weiteres mit Hilfe des Schadensersatzanspruchs durch Anwendung der Grundsätze über die Naturalrestitution erreicht. Es besteht aber ein Bedürfnis, daß eine fortdauernde widerrechtliche Beeinträchtigung geschützter Interessen ohne Rücksicht auf die Schuldfrage beseitigt wird. Die Rechtsprechung hat daher in Anlehnung an § 1004 BGB, mit der Begründung, es handle sich um ein Gebot der Gerechtigkeit, einen Beseitigungsanspruch auch bei fehlendem Verschulden gewährt⁵⁾. Diese Grundsätze gelten auch für das GWB⁶⁾. Voraussetzung des Beseitigungsanspruchs sind die Widerrechtlichkeit des Verstoßes gegen ein Schutzgesetz oder eine Schutzverfügung und das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses für diesen Anspruch. Das Rechtsschutzbedürfnis ist zu bejahen, wenn die beanstandete Maßnahme einen Zustand geschaffen hat, der eine stetig sich erneuernde Quelle der Rechtsverletzung bildet, z.B. die oben angeführt Lieferungsver-

5) RGZ 148, S.123; BGHZ 14, S.163 ff (173); 27, S.284 ff (291)

6) Frankf.Komm. § 35 Anm 106; Benisch im Gem.Komm. 3.A.

§ 35 Anm 28; OLG Celle WuW/E OLG 708 ("Brotsperrre")

weigerung der einmal zum Boykott aufgerufenen Unternehmen.

3. Die Ansprüche der Verbände

a) Der Unterlassungsanspruch

Gemäß § 35 Abs 2 kann ein Unterlassungsanspruch auch von Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen^{6a)} geltend gemacht werden. Während die Ersatzansprüche iSd § 35 Abs 1, einschließlich der Abwehransprüche, im Interesse des einzelnen bestehen, ist nicht ohne weiteres ersichtlich, wessen Interessen mit dem zugunsten der Verbände bestehenden Unterlassungsanspruch gewahrt werden sollen. Die Frage könnte eventuell mit Blick auf § 13 UWG beantwortet werden. § 13 Abs 1 UWG hat bei der Schaffung von § 35 Abs 2 GWB, der erst auf Antrag des Wirtschaftspolitischen Ausschusses aufgenommen wurde, als Vorbild gedient⁷⁾. Bei der Auslegung von § 35 Abs 2 GWB wird daher verschiedentlich die Rechtspraxis zu § 13 Abs 1 UWG herangezogen⁸⁾.

Der Unterlassungsanspruch des § 13 Abs 1 UWG schützt das vereinte private und öffentliche Interesse an der Ausschaltung unlauterer Wettbewerbshandlungen⁹⁾. Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob für das GWB in entsprechender Weise ohne weiteres gesagt werden kann, der Unterlassungsanspruch der Verbände schütze das vereinte private und öffentliche Interesse an der Ausschaltung wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen. Die Tatbestandsvoraussetzungen der beiden Bestimmungen sind nicht identisch. Nach § 13 Abs 1 UWG können die Verbände sämtliche Unterlassungsansprüche der §§ 1 - 12 UWG geltend machen. Ob das Verhalten des Unternehmers gegen einen anderen Gewerbetreibenden gerichtet ist oder auch

6a) Steindorff, ZHR 138, 504 ff (516) gibt zu überlegen, ob § 35 Abs 2 GWB nach dem Vorbild des § 13 Abs 1 a UWG nicht dahingehend erweitert werden könnte, daß Klagebefugnisse (Verbandsklage) auch Verbrauchersatzklagen eingeräumt und daß sie allgemein auf Schadenersatzklagen ausgedehnt werden.

7) Bericht des BT-Ausschusses für Wirtschaftspolitik zu § 28 RegE (§ 35 GWB), abgedr. im Gem. Komm. 1.A. S. 1196

8) Benisch im Gem.Komm. 3.A. § 35 Anm. 28; Frankf.Komm. § 35 Anm 104 u. 105

9) vgl. Baumbach/Hefermehl 11.A. § 35 UWG Anm 1; BGH GRUR 1956, S.275; 1967, S.430 ff (432)

nur geschützte Interessen eines anderen verletzt, ist dabei unerheblich. Ein unmittelbar Verletzter braucht nicht vorhanden zu sein¹⁰⁾. Es kommt nur darauf an, daß der Tatbestand einer Unterlassungsansprüche gewährenden Bestimmung der §§ 1 - 12 UWG erfüllt ist und die Handlung in den satzungsmäßigen Interessenbereich des Verbands eingreift¹¹⁾.

Der Unterlassungsanspruch des § 35 Abs 2 GWB hingegen ist "in den Fällen des Absatzes 1" gegeben. § 35 Abs 1 ist eine Vorschrift des reinen Individualschutzes. Die Ersatzansprüche entstehen nur, sofern die Vorschrift oder Verfügung "den Schutz eines anderen bezweckt". Schon daraus ergibt sich, daß es sich bei den Unterlassungsansprüchen des § 35 Abs 2 um Ansprüche handelt, die im Interesse des einzelnen beeinträchtigten Unternehmens bestehen. Betrachtet man die Begründung, die zur Einfügung des Unterlassungsanspruchs der Verbände geführt hat, so wird ganz deutlich, daß hier die Interessen der einzelnen Unternehmen geschützt werden sollten. Der Wirtschaftspolitische Ausschuß, der die Einfügung des Unterlassungsanspruchs der Verbände empfahl, war der Meinung¹²⁾, hierfür bestehe deshalb ein berechtigtes Interesse, weil der Betroffene möglicherweise wegen seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit von den in Anspruch zu nehmenden Firmen oder aus anderen Gründen Abwehrmaßnahmen nicht ergreifen könne oder wolle.

Es läßt sich zwar nicht verleugnen, daß mit einem von Verbänden geltend gemachten Unterlassungsanspruch bei Beeinträchtigung einzelner u.U. auch öffentliche Interessen verfolgt werden können. Die Befreiung eines einzelnen von wettbewerbsbeschränkenden, beeinträchtigenden Maßnahmen kann positive Auswirkungen auf den Wettbewerb haben¹³⁾ und hierdurch letztenendes der Allgemeinheit nützen. Doch steht bei dieser Gestaltung des Unterlassungsanspruchs,

10) Baumbach/Hefermehl a.a.O. Anm 14

11) Baumbach/Hefermehl a.a.O. Anm 14

12) Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses, a.a.O.

13) vgl hierzu ausführlicher im Hinblick auf § 18 unten S.

bei der ein Hinweis auf die Wahrung öffentlicher Interessen überhaupt nicht vorhanden ist und der Unterlassungsanspruch vielmehr unmittelbar an individuelle Schadensersatzansprüche anschließt, die Wahrung individueller Interessen ganz im Vordergrund.

b) Der Beseitigungsanspruch

Der zur Vervollständigung der Abwehransprüche erforderliche Beseitigungsanspruch, der für den einzelnen gegeben ist, wird in § 35 Abs 2 nicht erwähnt. Auch § 13 Abs 1 UWG erwähnt den Beseitigungsanspruch nicht. Dort entspricht es der nahezu allgemeinen Meinung, daß § 13 Abs 1 UWG den Beseitigungsanspruch mit umfaßt¹⁴⁾. Der Frankfurter Kommentar dürfte für den Bereich des § 35 Abs 2 GWB die Auffassung vertreten, daß den Verbänden ein Beseitigungsanspruch nicht zukommt. Er ist der Meinung¹⁵⁾, auf andere als Unterlassungsansprüche sei § 35 Abs 2 nicht anzuwenden. Das folge aus dem Ausnahmecharakter der Vorschrift. Nun ist aber zu berücksichtigen, daß in vielen Fällen gerade die Beseitigung der Beeinträchtigung das allererste Erfordernis ist. Sie dient der Unterstützung des Unterlassungsverlangens. In dem oben bereits angeführten Beispiel des Boykottaufrufs nützt es dem Betroffenen wenig, wenn das Unternehmen seine Aufrufe zwar einstellt, sich die Adressaten aber weiterhin an den Aufruf halten. Will der Unterlassungsanspruch der Verbände seinem Ziel gerecht werden, nämlich den betroffenen Unternehmen die Geltendmachung der Ansprüche in Fällen abzunehmen, in denen sie selbst aus Abhängigkeitsgründen nicht gegen das die Beeinträchtigung herbeiführende Unternehmen vorgehen können oder wollen, so ist der Beseitigungsanspruch ein notwendiges Erfordernis. Da der Beseitigungsanspruch letztlich denselben rechts-

14) BGH GRUR 1954, S.163; Baumbach/Hefermehl 11.A.

§ 13 UWG Anm 4 m.w.N.

15) Frankf.Komm.§ 35 Anm 105

grund hat wie der Unterlassungsanspruch - die Bewahrung von Rechtsgütern, die durch Schutzgesetze oder Schutzverfügungen geschützt sind - kann das Bedenken, bei § 35 Abs 2 handle es sich um eine Spezialvorschrift, die nicht auf andere Ansprüche anwendbar sei, zurückstehen. § 35 Abs 2 schließt, wie § 13 Abs 1 UWG, den Beseitigungsanspruch zugunsten der Verbände ein.

c) Verbandsklage bei Verletzung reiner Individualinteressen und reiner Allgemeininteressen

Im Rahmen des § 13 Abs 1 UWG ist umstritten, ob ein Verband den Unterlassungsanspruch auch dann geltend machen kann, wenn lediglich Individualrechtsverletzungen vorliegen. Die eine Seite argumentiert¹⁶⁾, die gegen einen oder mehrere bestimmten Mitbewerber gerichtete Wettbewerbsbehandlung werde oft zugleich als eine Wettbewerbsbehandlung gegenüber einer unbestimmten Mehrheit von Mitbewerbern zu werten sein. Die Wettbewerber, die fremde Individualrechte mißachten, würden sich einen ungehörigen Vorsprung vor den Mitbewerbern verschaffen, die diese Rechte respektieren. Es sei fragwürdig, ob sich eine Abgrenzung zwischen reinen Individual- und anderen Interessen durchführen lasse. Liege ein Wettbewerbsverstoß iSd § 1 UWG vor, so seien deshalb grundsätzlich Unterlassungsansprüche der Verbände (und Mitbewerber) nach § 13 Abs 1 UWG gegeben. Ihr Klagerecht lasse sich nicht unter dem Gesichtspunkt eines fehlenden öffentlichen Interesses ausschließen, denn § 13 Abs 1 UWG bejahe auch für Wettbewerbsverstöße iSd § 1 UWG das öffentliche Interesse generell.

Die Gegenansicht verneint ein Klagerecht der Verbände (oder Mitbewerber) bei Verletzung reiner Individualinteressen¹⁷⁾. Der individuell Betroffene müsse sich nicht gefallen lassen, daß Außenstehende Klage erheben; er könne

16) vgl Baumbach/Hefermehl a.a.O. (14) Anm 6 m.w.N.

17) Schricker, GRUR 1973, S.458/459 m.w.N.

ein Interesse daran haben, daß die Sache nicht im Klageweg bereinigt werde. Darüberhinaus werde so das System des UWG konsequent durchgeführt. Die Evolution der Generalklausel werde auf die vorgegebene Regelung der Klagebefugnis abgestimmt. Die Klagebefugnis erweitere sich erst, wenn mehr als reine Individualinteressen im Spiel seien: nicht individuell abgrenzbare Mitbewerberinteressen, Abnehmerbelange oder Interessen der Allgemeinheit.

Im Rahmen des GWB dürfte die Frage, ob ein Unterlassungsanspruch der Verbände auch bei Verletzung reiner Individualinteressen besteht, leichter zu beantworten sein. Obwohl § 13 Abs 1 UWG bei der Schaffung als Vorbild gedient hat, ist die Interessenlage, auf der der Unterlassungsanspruch des § 35 Abs 2 GWB fußt, eine andere. Bei diesem Unterlassungsanspruch steht die Wahrung individueller Interessen viel mehr im Vordergrund. § 35 Abs 2 knüpft ausdrücklich an die Ansprüche bei Verletzung individueller Schutzgesetze und Schutzverfügungen an. Nach seiner Begründung dient er der Unterstützung des einzelnen. Dem ist zu entnehmen, daß der Unterlassungsanspruch der Verbände unabhängig davon besteht, ob auch die Interessen anderer oder der Allgemeinheit verletzt sind.

Das hat aber auf der anderen Seite zur Folge, daß ein auf § 35 Abs 2 gestütztes Klagerecht der Verbände zu verneinen ist, wenn durch ein gegen Schutzgesetze oder Schutzverfügungen verstoßendes Verhalten lediglich der Wettbewerb oder Interessen der Allgemeinheit beeinträchtigt werden, eine Verletzung geschützter Individualinteressen jedoch nicht erfolgt. Denn auch hier ist zu berücksichtigen, daß § 35 Abs 2 eine Vorschrift zur Verwirklichung von Individualschutz ist. Damit noch zu vereinbaren dürfte jedoch die Auffassung *W o l f s* im Hinblick auf die Möglichkeit sein, aus dem kollektiven Betroffensein von Mitgliedern die Zulässigkeit einer Verbandsklage herzuleiten, obwohl es für den einzelnen Marktteilnehmer am rechtserheblichen Betroffensein fehlt¹⁸⁾.

18) Wolf, Die Klagebefugnis ..., S. 16 ff, 40; vgl. neuerdings auch K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht ..., S.399 ff

B. Individualschutz gewährende Vorschriften im GWB

Nach allgemeinen Überlegungen zum Individualschutz und zu seiner Wirkungsweise werden nun einzelne Bestimmungen auf ihren individualschützenden Charakter hin untersucht. Ziel der Betrachtung ist nicht eine vollständige Erfassung der individualschützenden Vorschriften, sondern eine Darstellung der typischen Erscheinungsformen des Individualschutzes. Erforderlich ist dabei jedoch eine Auseinandersetzung mit den teilweise konträren Ansichten zum Individualschutz einzelner Bestimmungen.

I. Gruppenbildung

Die Bestimmungen des GWB verwirklichen den Schutz des einzelnen auf unterschiedliche Art und Weise. Zur systematischen Betrachtung lassen sie sich in einige große "Mechanismusgruppen" einteilen. Da § 35 die zentrale Vorschrift zur Verwirklichung des Individualschutzes ist, erscheint es zweckmäßig, die Bestimmungen unter seinem Blickwinkel einzuteilen. Es sind demnach drei größere Hauptgruppen zu bilden: 1. Vorschriften die unmittelbar zu Schutz iSd § 35 führen können; 2. Vorschriften, bei denen der Schutz iSd § 35 eine behördliche Verfügung erfordert und 3. Vorschriften, die sonstigen spezifischen Individualschutz gewähren.

Diese Gruppenbildung macht einen weiteren Unterscheidungspunkt des Individualschutzes deutlich. Die Unternehmen suchen mit Hilfe des GWB nicht allein den Schadensersatz. Ihr primäres Interesse richtet sich in vielen Fällen lediglich darauf, daß andere Unternehmen von hoheitlicher Seite angehalten werden, ihr beeinträchtigendes Verhalten einzustellen. Hierbei macht die Gruppenbildung deutlich, welches hoheitliche Organ den so verstandenen Schutz an erster Stelle gewährt. Bei den Normen der ersten Gruppe sind es die Zivilgerichte, wohingegen bei den Normen der zweiten Gruppe die Kartellbehörden zuerst tätig werden. Daneben

wird offenbar, daß es nicht immer von Vorteil sein muß, wenn ein Unternehmen unmittelbar Schadensersatzansprüche nach § 35 besitzt, beispielsweise auf Grund diskriminierenden Verhaltens, das nach § 26 verboten ist, aber zu ihrer Durchsetzung den kostenrisikobehafteten Weg zu den Zivilgerichten beschreiben muß¹⁾. Ein anderes Unternehmen ningen, dem z.B. der Marktzutritt durch Bindungsverträge iSd § 18 unbillig beschränkt wird, kann ohne Kostenrisiko ein Eingreifen²⁾ der Kartellbehörde in Form von Unwirksamkeitserklärungen herbeiführen, das vom gleichen subjektiven Effekt begleitet ist: Das bindende Unternehmen wird sein beeinträchtigendes Verhalten einstellen, da nun bereits hoheitlich festgestellt ist, daß das Verhalten nicht mit den Erfordernissen des Gesetzes übereinstimmt. Der Gesetzgeber hat diesen mißlichen Unterschied, der den Schutz durch die an sich als "strenger" gedachten, unmittelbaren Schutzvorschriften iSd § 35 teilweise weniger effektiv machte, jedoch bereits erkannt und mit der Novelle 73 durch § 37 a ein kartellbehördliches Untersagungsverfahren eingeführt, das nun auch in diesem Fall ein kartellbehördliches Eingreifen ermöglicht.

II. Vorschriften, die unmittelbar zu Schutz iSd § 35 führen können

Ein Anspruch gem. § 35 hat zur notwendigen Voraussetzung, daß ein Unternehmen gegen eine Vorschrift oder Verfügung verstößt, die den Schutz eines anderen bezweckt. Ein Verstoß ist, wie bereits erörtert, nur möglich, wenn ein bestimmtes Verhalten gefordert ist, wenn sich die Vorschrift also imperativisch an den Adressaten wendet. Gemeinsames Merkmal der Vorschriften der ersten Gruppe ist demgemäß,

-
- 1) es kann allerdings bei der Kartellbehörde die Verhängung eines Bußgeldes gem § 38 Abs 1 anregen
 - 2) vgl jedoch unten S.57 ff zur Frage, ob ein Anspruch auf kartellbehördliches Eingreifen bestehen kann

daß sie ein Ge- oder Verbot enthalten und mit diesem Ge- oder Verbot den Schutz einzelner bezwecken. Diesen Sollenscharakter verwirklichen einige Vorschriften von sich aus. Bei anderen Vorschriften ergibt sich der Sollenscharakter erst in Verbindung mit § 38 Abs 1, so daß die Vorschriften der ersten Gruppe in zwei Untergruppen unterteilt werden können.

1. Individualschützende Vorschriften mit eigenständigem Sollenscharakter

a) § 25 GWB

Ein Beispiel der ersten Gruppe, deren Vorschriften den Sollenscharakter von sich aus verwirklichen, stellt § 25 dar.

aa) § 25 Abs 1 GWB

§ 25 Abs 1 verbietet aufeinander abgestimmtes Verhalten¹⁾, das nach dem GWB nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf. Zur Konkretisierung des verbotenen Verhaltens muß auf andere Vorschriften des GWB zurückgegriffen werden²⁾. Daraus ergibt sich, daß eine allgemein gültige Aussage über den Individualschutzcharakter von § 25 Abs 1 nicht gemacht werden kann. Sie hängt von dem Individualschutzcharakter der jeweiligen Vorschrift ab, in Verbindung mit der § 25 Abs 1 abgestimmtes Verhalten verbietet³⁾.

Da § 25 Abs 1 ein Verhaltensgebot erläßt, ist er in Verbindung mit einer Individualschutz gewährenden Vorschrift ein Schutzgesetz iSd § 35.

bb) § 25 Abs 2 GWB

Verhalten, das nach dem GWB oder auf Grund von kartellbehördlichen Verfügungen nicht zum Gegenstand einer vertraglichen

1) vgl. hierzu, insbes. im Hinblick auf Vertikalsachverhalte, Belke in ZHR 139 (1975) S. 51 ff; kritisch zur Gesetzestchnik K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht ... S. 32 ff

2) vgl. Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 25 Anm 12

3) vgl. neuerdings ausführlich K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 383 ff

Bindung gemacht werden darf, darf nach § 25 Abs 2 auch nicht durch Druck im weiteren Sinne erzielt werden.

aaa) Schutzgesetz für unter Druck stehende Unternehmen

Die ganz herrschende, zutreffende Meinung⁴⁾ sieht durch § 25 Abs. 2 die unternehmerische Willensfreiheit als geschützt an, und § 25 Abs 2 als Schutzgesetz iSd § 35 zugunsten des unter Druck⁵⁾ stehenden Unternehmens. Zum Teil wird angenommen, daß nur diejenigen Unternehmen schutzwürdig seien, denen Nachteile angedroht oder zugefügt würden⁶⁾. Ein Unternehmen, dem für ein mißbilligtes Verhalten Vorteile versprochen oder gewährt würden, könne nicht als geschützt angesehen werden. Nütze es die Vorteile aus, so widerspreche sein Schutz dem allgemeinen, sich aus § 817 S. 2 BGB ergebenden Rechtsgedanken, daß derjenige, der selbst durch sein Verhalten gegen ein Gesetzesverbot oder gegen die guten Sitten verstoße, von der Rechtsordnung nicht geschützt werde und keine Ansprüche geltend machen könne.

Oben wurde, im Zusammenhang mit der Erörterung des Schutzes des Vertragspartners, bereits dargestellt⁷⁾, daß einer ausdehnenden Anwendung des Rechtsgedankens aus § 817 S. 2 BGB erhebliche Bedenken gegenüberstehen. Diese Bedenken sind in gleichem Maße auch hier angebracht. Der Überlegung, daß dem Unternehmen, das sich in Verbindung mit einer Vorteilsannahme selbst Schaden zufügt, in geringerem Maße Schadensersatzansprüche zugebilligt werden sollten, wird man mit dem Prinzip des Mitver-

4) vgl. BGH, WuW/E BGH 690 ff (694), ("Brotkrieg II"); WuW/E BGH 755 ff (657) ("Flaschenbier"); OLG Hamburg, WuW/E OLG 352 ff (355); OLG Celle, WuW/E OLG 707, 708, ("Brotsperr"); OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 733; WuW/E OLG 974 ff (976) ("Bierverlag"); Baumbach/Hefermehl § 25 GWB Anm 11; Frankf.Komm. § 35 Anm 39; Leo, WuW 1959, S. 485 ff (488); Markert, WRP 1966, S. 330 ff; Benisch, im Gem.Komm. 3. A. § 35 Anm 4; Frankf.Komm., § 35 Anm 39; Langen, 4.A. § 35 Anm 6; Gutzler, BB 1966, S. 390; Schramm/Klaka, WRP 1958, S. 77; Müller/Giessler, § 35 Anm 18; Rasch/Westrick, § 35 Anm 5; a.A. Schmiedel, WRP 1966, S. 43 ff, unter Hinweis auf die gegenüber §§ 1, 15 GWB lediglich ergänzende Funktion des Benachteiligungsverbots; vgl. noch Sandrock, JurA 1970, 65

5) zum Druckverbot des § 25 Abs 2 ausführlich Behlke in ZHR 138 (1974), S. 291 ff m.w.N.

6) Frankf.Komm. § 35 Anm 39; Müller/Giessler § 35 Anm 18

7) vgl oben S. 8 ff

schuldens gem. § 254 BGB in ausreichender Weise gerecht.
§ 25 Abs 2 ist als Schutzgesetz auch zugunsten der Unternehmen anzusehen, denen Vorteile versprochen oder gewährt werden.

bbb) Schutzgesetz für Dritte

Darüberhinaus stellt sich die Frage, ob § 25 Abs 2 nicht auch den Schutz Dritter bezweckt. § 25 Abs 2 will der Gefahr vorbeugen, daß kartellrechtliche Verbote durch Anwendung von Druck- und Lockmitteln umgangen werden⁸⁾.

§ 25 Abs 2 hat neben dem Schutz der unter Druck stehenden Unternehmen daher auch die Aufgabe, kartellrechtlich mißbilligtes Verhalten grundsätzlich zu verhindern. So wie die speziellen Normen verhindern wollen, daß ein Verhalten durch vertragliche Bindungen verwirklicht wird, will § 25 Abs 2 verhindern, daß dieses Verhalten durch Anwendung von Druck erzielt wird. Die Zielrichtung von § 25 Abs 2 ist dieselbe, wie die der speziellen Normen. Da § 25 Abs 2 dasselbe Verhalten verhindern will, wie die spezielle Verbotsnorm, muß der Schutzzumfang des § 25 Abs 2 den der Verbotsnorm mit beinhalten⁹⁾.

Um zu ermitteln, ob § 25 Abs 2 im jeweiligen Fall auch den Schutz des Dritten bezweckt, kommt es darauf an, ob die entsprechende Verbotsnorm den Dritten schützen will. Bei Bejahung dieser Frage ist der Dritte auch als von § 25 Abs 2 geschützt anzusehen. Für den Schutz des Dritten ist es dabei ohne Belang, ob das mißbilligte Verhalten durch Nachteile oder durch Vorteile herbeigeführt wird.

8) Begründung des Bundesrates zu § 22 a Regu (dem jetzigen § 25 Abs 2), abgedruckt im Gem.Komm. 1.A. S.1137; Benisch im Gem.Komm. 2.A. § 25 Anm 4; BGH WuW/E BGH 690 ff (693) ("Brotkrieg II")

9) Ähnlich neuerdings K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht ... S. 374 f u. 382 f; a.A. wohl Schmiedel, WRP 1966, S. 41 ff (44)

cc) § 25 Abs 3 GWB

Nach § 25 Abs 3 dürfen andere Unternehmen nicht zu erlaubtem wettbewerbsbeschränkendem Verhalten gezwungen werden. Schutzgut ist hier ebenfalls die unternehmerische Willensfreiheit. § 25 Abs 3 ist daher Schutzgesetz für die unter Zwang zu einem wettbewerbsbeschränkendem Verhalten iSd § 25 Abs 3 Nr 1 - 3 stehenden Unternehmen. Anders als § 25 Abs 2 will § 25 Abs 3 das wettbewerbsbeschränkende Verhalten selbst nicht unterbinden. Individualschutz für dritte Unternehmen ist daher von § 25 Abs 3 nicht bezweckt.

b) § 26 GWB

aa) Das Boykottverbot des § 26 Abs 1 GWB

Das in § 26 Abs 1 GWB geregelte Boykottverbot untersagt es Unternehmen (und Vereinigungen von Unternehmen), andere Unternehmen (oder Vereinigungen von Unternehmen) zu veranlassen, Liefer- oder Bezugssperren gegen bestimmte Wettbewerber zu verhängen, um sie unbillig zu beeinträchtigen. § 26 Abs 1 dient damit dem Schutz der durch den Boykott beeinträchtigten dritten Unternehmen und ist, da er Verbotscharakter besitzt, ein Schutzgesetz iSd § 35 GWB (allgemeine Meinung)¹⁰).

bb) Das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs 2 GWB

aaa) § 26 Abs 2 als Schutzvorschrift

§ 26 Abs 2 verbietet es marktbeherrschenden Unternehmen und bestimmten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, die den Wettbewerb erlaubtermaßen beschränken, andere Unternehmen in einem gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr unbillig zu behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ungleich zu behandeln. Nach allgemeiner

10) OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 977 ff, (1980 ("Vororttheater")); BGH WuW/E BGH 1212 ("Kraftwagen-Leasing"); Baumbach-Hefermehl, 8.A., § 26 GWB Anm 30; Benisch im Gem.Komm., 3.A. - 4. Lieferung - § 26 Abs 1 Anm 29; Langen-Niederleithinger-Schmidt § 26 GWB Anm 154; Müller/Giessler § 35 Anm 19; Rasch/Westrik § 25, 26 Anm 12; Ehle, DB 1963, S. 612 f

Ansicht¹¹⁾ dient § 26 Abs 2 dem Schutz der beeinträchtigten Unternehmen und ist infolge seines Verbotscharakters Schutzgesetz iSd § 35 GWB¹²⁾.

Im Anschluß an B e l k e¹³⁾ lassen sich die machtausgleichenden und machtnutralisierenden Wirkungen des § 26 Abs 2 bei den Vertikalbeziehungen, auf die die Bestimmung in erster Linie ausgerichtet ist, in drei Schutzdimensionen mit verschiedenen Gruppen von Schutzbegünstigten unterteilen:

- (1) Das Verbot der Außenseiterdiskriminierung, mit dem der Fortpflanzung von Marktungleichgewichten auf den Zweit- und Drittmärkten Einhalt geboten wird¹⁴⁾ und Neuankömmlingen im Markt und Systemaußenseitern auf allen Marktstufen ansonsten verschlossene Bezugs- und Absatzwege geöffnet werden sollen. Dieser Schutzaspekt zielt auf das Verhalten von marktmächtigen Unternehmen, die im Interesse eigener Gewinnmaximierung den Wettbewerb auf Zweit- und Drittmärkten verfälschen, indem sie durch Kunden- und Vertriebsbeschränkungen Absatzkanäle zementieren oder einen wesentlichen Teil der Nachfrage an sich binden.

-
- 11) So die ständige Rspr.; vgl. BGH, WuW/E BGH 347 ff (349) ("Lesemappen"); WuW/E BGH 442 ff, 448 ("Gummistrümpfe"); WuW/E BGH 613 ff (617) ("Werkmilchabzug"); WuW/E BGH 675, 676 ("Uhrenoptiker"); WuW/E BGH 647 ff (648, 651) ("Rinderbesamung"); WuW/E BGH 759 ff (763) ("pharmazeutische Großhandlung"); WuW/E BGH 886 ff (892) ("Jägermeister"); WuW/E BGH 955 ff (998) ("Taxiflug"); WuW/E BGH 1175 ff (1179) ("Ostmüller"); WuW/E BGH 1211, 1212 ("Kraftwagen-Leasing"); WRP 1972, S. 149 ff (152 1.Sp.) ("Registrierkassen"); NJW 1974, S. 902 ("Diskriminierende Strompreisgestaltung"); BGH WuW/E 1391 ff (1395) ("Rossignol"); OLG München, BB 1974, S. 807 ("neuforn"); ebenso die Literatur vgl. Baumbach/Hefermehl, 8.A., § 26 GWB Anm 53; Benisch im Gem.Komm. 3. A. 4. Liefg., § 26 Abs 2 Anm. 68 u. § 35 Anm 4 m.w.N.; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Anm 157; Müller/Giessler § 26 Anm 49 und § 35 Anm 19; Fikentscher, WuW 1958, S. 263; Ulmer, ZHR 130 (1968), S. 178; Hefermehl, GRUR 1975, S. 281; Koller, Der Gleichheitsmaßstab, S. 36
 - 12) vgl. zu § 26 Abs 2 als Schutzgesetz bei Machtausübung nicht marktbeherrschender Unternehmen auch unten, S. 166 ff
 - 13) in ZHR 139 (1974) S. 260 f
 - 14) vgl. dazu Baur, Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, S. 196 ff (202); I. Schmidt, Wettbewerbspolitik, S. 324 ff

- (2) Das Verbot der Innendiskriminierung, das die Übervorteilung der Marktgegenseite bzw. im Falle von Ausschließlichkeitssystemen die Benachteiligung von Systemangehörigen durch mißbräuchliche Praktiken verhindern soll. Die Diskriminierung kann nämlich in der Hand marktmächtiger Unternehmen ein Instrument der Ausbeutung, Übervorteilung oder Knebelung der wirtschaftlich schwächeren Marktgegenseite darstellen, wenn die Vertragsparität gestört ist. Zu denken ist hierbei insbesondere an unterschiedliche Rabatt- und Preisdifferenzierungen gegenüber den Marktpartnern ohne sachlich gerechtfertigten Grund.
- (3) Das Verbot der funktionsschädlichen Diskriminierung, das verdeutlicht, daß das Diskriminierungsverbot zugleich dem Schutz des wesentlichen Wettbewerbs in dem Sinne dient, daß die nurmehr beschränkte Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsveranstaltung durch ausgleichende, an den wirtschaftlichen Machträger gerichtete Verhaltensgebote in ihren negativen Marktauswirkungen begrenzt wird. Durch diskriminierende Ausbeutungs-, Verdrängungs- und Konzentrationsstrategien kann der wesentliche Wettbewerb im Sinne von § 22 Abs 1 Nr 1 auf dem betreffenden Markt oder einem Drittmarkt gefährdet oder sogar ausgeschaltet werden. In diesen Fällen muß neben dem in seinen Wettbewerbschancen beeinträchtigten Marktteilnehmer auch der Wettbewerbsprozeß als Gesamtsituation in Gang gehalten werden, weil ein Stadium der Marktvermachtung eingetreten ist, in dem auch die ökonomisch nützlichen Funktionsziele des Wettbewerbs nicht mehr erreicht werden¹⁵⁾.

bbb) Der Anspruch auf Belieferung bzw. Abnahme

Als Schadensersatzanspruch kann gemäß § 249 BGB auch ein Anspruch auf Belieferung bzw. Abnahme geltend gemacht werden¹⁶⁾.

15) vgl. Belke, a.a.O. (14)

16) BGH WuW/E BGH 444 ("Gummistrümpfe"); WuW/E BGH 1391 ff, 1395 ("Rossignol"); WuW/E BGH 448 ("Werkmilchabzug"); WuW/E 676/677 ("Uhrenoptiker"); Baumbach/Hefermehl, 8.A. § 26 GWB Anm 53; Benisch im Gem.Komm. 3. A. 9. Liefg., § 26 Abs 2 Anm 40; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Anm 157; Müller/Giessler § 26 Anm 50; Rasch/Westrik § 25, 26 Anm 24

Umstritten ist, ob der Anspruch auf Belieferung auch gegenüber einem preisbindenden Unternehmen besteht. Gegen einen derartigen Anspruch wenden sich V ö l p¹⁷⁾ und B e l k e¹⁸⁾. V ö l p ist der Meinung, aus der Preisbindung könne für preisbindende Unternehmen keine Kontrahierungspflicht hergeleitet werden. Das Äquivalent der Preisbindung sei die beschränkte Preisfreiheit, nicht die fehlende Belieferung. Im Gegenteil, es müsse die Bereitschaft zur Belieferung vorausgesetzt werden, bevor eine Preisbindung in Frage komme. § 26 Abs 2 habe bei Preisbindungen lediglich die Aufgabe, den gebundenen Abnehmern gleiche Einkaufsbedingungen zu sichern. B e l k e lehnt einen Kontrahierungszwang für Preisbinder mit dem Argument ab, der angemessene Weg für eine Beseitigung der Diskriminierung sei eine Aufhebung der Preisbindung gemäß § 17; der Abschluß zu bestimmtem Preis sei eine unzulässige Reglementierung.

Die Ansicht, daß der Anspruch auf Belieferung auch gegen einen Preisbinder bestehen kann, vertritt der BGH¹⁹⁾ demgegenüber mit der Überlegung, daß die Zubilligung eines derartigen Schadensersatzanspruchs dem Schutzzweck des § 26 Abs 2 entspricht, der auf die Gleichheit der Marktchancen der "gleichartigen Unternehmen" in ihrem Verhältnis zu den Normadressaten dieser Vorschrift - einschließlich der preisbindenden Unternehmen - gerichtet ist.

Der letzteren Ansicht ist insbesondere mit der von S c h w a r t z²⁰⁾ gegebenen Begründung zuzustimmen. Würde man dem Abnehmer keinen Anspruch gegen den Preisbinder zubilligen, bliebe er gegen eine Beeinträchtigung im Wettbewerb, die auf einer unbilligen Handhabung der Preisbindung beruht, ungeschützt. Darüber hinaus hat die Novelle 1965 den anfänglich berechtigten Zweifel ausgeräumt. Der durch

17) in Der Markenartikel 1961, S. 290 u. 1968, S. 59 f

18) Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 437

19) BGH WuW/E BGH 886 ff, 892 ("Jägermeister"); zur Rspr vgl. auch WuW/E OLG 286, 334, 827, 881; WuW/E LG/AG 150; WuW/E BKartA 383

20) GRUR 1968, S. 271 f (Anmerkung zu BGH "Jägermeister")

diese Novelle ergänzte § 16 Abs 4 verpflichtete den Anmelder einer Markenwarenpreisbindung zur Angabe auch darüber, ob ~~nur~~ bestimmte Abnehmergruppen beliefert werden. Nach der Begründung zum Regierungsentwurf und dem Bericht des Wirtschaftsausschusses des Bundestags²¹⁾ sollen diese registerpflichtigen Angaben dazu dienen "Fälle ungerechtfertigter Nichtbelieferung zu entdecken und abzustellen". Obwohl die Angabepflicht sich auf Gruppen von Abnehmern, nicht auf ausgeschlossene Einzelabnehmer bezieht, wäre die in der Beratung nicht bestrittene Zielsetzung des Novellengesetzgebers unverständlich und von vornherein zum Scheitern verurteilt gewesen, wenn er hätte davon ausgehen müssen, daß für preisbindende Unternehmen aufgrund des Diskriminierungsverbots eine Lieferpflicht überhaupt nicht begründet werden kann²²⁾. Nun wurde § 16 Abs 4 zwar mit der Novelle 1973 aufgehoben, doch sollte damit sicherlich nicht eine essentielle Änderung des Verhältnisses Preisbinder - Abnehmer herbeigeführt werden.

c) Andere Schutzgesetze

Zu den individualschützenden Regelungen dieser Gruppe sind noch zu rechnen: das Verbot Sicherheiten zu verwerten (§ 14 Abs 1) und die eigenständige Schutzvorschrift des § 38 Abs 1 Nr 9, die es verbietet, einem anderen Nachteile zuzufügen, weil er Verfügungen der Kartellbehörde beantragt oder die Rechte des § 13 gebraucht.

2. Individualschützende Vorschriften, bei denen sich der Sollenscharakter iVm § 38 Abs 1 ergibt

Einige Vorschriften des GWB beinhalten zwar Individualschutz, sie können aber allein, mangels eines Ge- oder Verbots, nicht

21) abgedruckt bei Müller-Henneberg/Schwartz, Novelle 1965 zum GWB, S. 97 f

22) Schwartz, a.a.O.; vgl. auch Krahe, BB 1961, S. 1303; Pickel, BB 1965, S. 651; Müller/Giessler, § 26 Anm 50

zu Ansprüchen nach § 35 führen. Der Ge- oder Verbotscharakter wird erst durch § 38 Abs 1 beigesteuert²³⁾, der zumeist das Hinwegsetzen über die Unwirksamkeit bestimmter Verträge und Beschlüsse mit Geldbuße bedroht. Diese Vorschriften bilden die zweite Untergruppe der Normen, die unmittelbar zu Schutz iSd § 35 führen können.

a) § 1 GWB

aa) Theorien zum Schutzgesetzcharakter

Die Frage, welchen Schutzgesetzcharakter § 1 trägt, ist umstritten. Einig ist man sich allein darüber, daß § 1 für die einzelnen, am Wirtschaftsprozeß Beteiligten, günstige Auswirkungen zeitigen kann. Unterschiedlich wird jedoch beurteilt, wie diese Auswirkungen rechtlich zu qualifizieren sind. Man kann die Meinungen im Anschluß an K o e n i g s¹⁾ und B e n i s c h²⁾ in drei Kategorien einteilen: Die reine Institutionsschutztheorie, die gemischte Theorie und die Individualschutztheorie.

aaa) Die reine Institutionsschutztheorie

Nach der reinen Institutionsschutztheorie³⁾ ist Schutzgegenstand des § 1 der Wettbewerb als Institution der

23) a.A. für § 1 wohl Steindorff, BB 1977, S. 569 ff; vgl. auch BGH, U. v. 14.10.1976, BB 1977, S. 409 f; BGH WuW/E BGH 251 ff (254) zu § 15; kritisch zu dieser wohl unglücklichen gesetzestechnischen Gestaltung neuerdings K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht ..., S. 8 ff

1) Koenigs, NJW 1961, S. 1041

2) Benisch, WuW 1961, S. 764

3) sie wird vertreten von Ballerstedt, JZ 1956, S. 271 u. WuW 1960, S. 313; Benisch a.a.O. und im Gem.Komm. 3.A. § 35 Anm 7; Bezzenberger, WRP 1956, S. 209 f; Frankf.Komm. § 35 Anm 14 ff; Leo, WuW 1959, S. 489; Rasch/Westrik § 35 Anm 2, 3; Strickrodt, WuW 1957, S. 75; Würdinger, WuW 1953, S. 728 u. WuW 1960, S. 313; Goll, GRUR 1976, S. 486 ff (491 f); Hohn, Zivilrechtliche Folgen ..., S. 79; Deringer, WuW/EWG - Wettbewerbsrecht, Art. 85 Anm. 127

sozialen Marktwirtschaft und als Steuerungsmittel für den Wirtschaftsablauf (Institutionsschutz im wirtschaftspolitischen Sinne). Der Schutz der Handlungsfreiheit des einzelnen ist nur ein Reflex des Wettbewerbsschutzes und ein Mittel zur Aufrechterhaltung des Wettbewerbs.

Diese Theorie wird mit der Auffassung belegt, alle zur Begründung des Kartellverbotes vorgetragenen Argumente seien volkswirtschaftlicher Natur. Sie beruhten auf der Ansicht, daß der freie Wettbewerb den optimalen wirtschaftlichen Effekt erziele. Da bei der Formulierung des § 1 nur allgemeine Gesichtspunkte maßgeblich gewesen seien, schließe das aus, daß irgend ein einzelner Beteiligter und seine Interessen als Schutzobjekt berücksichtigt wurden.

Eine Bejahung des Individualschutzes in § 1 sei auch deshalb ausgeschlossen, weil er zu Schadensersatzansprüchen in Verbindung mit § 35 führen würde und damit unübersehbare und rechtlich kaum mehr zu beherrschende Folgen und Störungen des Wirtschaftslebens nach sich zöge.

Abweichend argumentiert L e o ⁴⁾: Da § 1 allein von den Beteiligten kein bestimmtes Verhalten fordere, diene die Vorschrift nicht in erster Linie dem Schutz der Marktteilnehmer. Anders könnte die Rechtslage sein, wenn § 1 ein Verbot normieren würde. § 38 Abs 1 Nr 1 hingegen sei als Verwaltungsdelikt zu klassifizieren, dem die Beziehung zu einer individuellen Person oder einer als solcher gedachten Personengesamtheit fehle. Die Vorschrift diene dem Staat bei der Verfolgung seiner wirtschaftspolitischen Ziele.

4) a.a.O. (3)

bbb) Die gemischte Theorie

Die gemischte Theorie bezeichnet Individualschutz und Institutionsschutz nebeneinander als den Schutzgegenstand des § 1⁵⁾. Das Rangverhältnis der beiden Zielsetzungen wird innerhalb dieser Meinungsgruppe allerdings unterschiedlich gesehen.

Nach der gemischten Theorie dient § 1, zumindest neben dem Schutz des Wettbewerbs als notwendiges Element einer durch Angebot und Nachfrage über den Preis gesteuerten Marktwirtschaft, dem Schutz der Handlungsfreiheit des einzelnen als Vollzug der Freiheitsgarantie des Art 2 GG, sowie als Korrelat zu Vertragsfreiheit und Privatautonomie und sichert die Gleichheit der wirtschaftlichen und politischen Freiheitsrechte für alle Rechtsgenossen. Die Institution des Wettbewerbs sei in § 1 nicht um ihrer selbst willen geschützt. Selbst bei Annahme eines Institutionsschutzzweckes seien die zum Ablauf des wirtschaftlichen Wettbewerbs begriffsnotwendigen Individuen mitgeschützt.

Aus volkswirtschaftlicher Sicht wendet sich H o p p m a n n gegen die Hypothese, es handele sich um das Problem einer Dichotomie "Institutionsschutz - Individualschutz".⁶⁾ Er ist der Meinung, Sicherung des Wettbewerbs durch das GWB bedeute einerseits Sicherung eines nichtautoritären Systems sozialer Kontrolle, das wegen

5) sie wird vertreten von Baumbach-Hefermehl § 1 Anm 66, § 35 Anm 7; Brugger, WuW 1959, S. 467 ff; Flume WuW 1956, S. 465 ff; Koch, Schadensersatz ..., S. 15; Merz, in Festschrift f. Böhm 1965, S. 256 f; Mestmäcker, DB 1968, S. 790; Säcker, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme ..., S. 28

6) Hoppmann, in Wettbewerb als Aufgabe, S. 61 ff (102-104); Ähnlich Hefermehl, in GRUR 1976, S. 156 ff (157); Schmiedel, Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht, S. 8 u. 113 ff, hält die Unterscheidung für sachlich belanglos und durch historische Zufälligkeit bedingt.

seines kommerziellen Sanktionsmechanismus Leistungssteigerung und wirtschaftliche Freiheit indiziere, und andererseits Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Freiheiten.

ccc) Die Individualschutztheorie

Nach der Individualschutztheorie ⁷⁾ bildet die wirtschaftliche Handlungs- und Entscheidungsfreiheit den Schutzgegenstand des § 1.

Die Argumente dieser Theorie zielen in die gleiche Richtung wie die der gemischten Theorie, nur steht hier der Individualschutz ganz im Vordergrund. Es wird von den Befürwortern dieser Theorie nicht ausdrücklich in Abrede gestellt, daß auch der Schutz des Wettbewerbs als Institution Zweck des § 1 sein könne.

bb) Stand der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung wurde die Frage des Schutzgesetzcharakters von § 1 bereits mehrmals aufgeworfen. In einer Entscheidung des LG Düsseldorf v. 28. 3. 1958 ⁸⁾ wird § 38 Abs 1 Nr 1 iVm § 1 als Schutzgesetz angesehen, das den Schutz der Mitbewerber vor wettbewerbsbeschränkenden Absprachen der Konkurrenten bezwecke.

Nach einer Entscheidung desselben Gerichts v. 8.9.1959 ⁹⁾

7) sie wird vertreten von Biedenkopf, Aktuelle Grundsatzfragen ..., S. 11 ff; Fikentscher, BB 1956, S. 793; Günther, BB 1956, S. 721; Koenigs, NJW 1961, S. 1041; Lukes, Der Kartellvertrag, S. 186 f; Mailänder, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, S. 160 ff; Müller/Giessler § 1 Anm 55, § 35 Anm 8

8) WuW/E LG/AG 94 (98) ("Wohnraumleuchten")

9) WuW/E LG/AG 146 (149) ("Filmtransport")

sei § 1 zumindest insoweit ein Schutzgesetz, als durch Maßnahmen, die in § 1 mißbilligt werden, andere Wettbewerber durch Ausschluß von einem Markt in ihrer wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit beeinträchtigt werden.

Eine Entscheidung des LG Mannheim v. 18.12.1964¹⁰⁾ betrachtet § 38 Abs 1 Nr 1 iVm § 1 als Schutzgesetz in einem Fall, in dem ein Unternehmen, das einer Vereinigung von Unternehmen angehört, durch einen gegen § 1 verstoßenden Beschluß dieser Vereinigung majorisiert wird und hierdurch wettbewerbliche Nachteile erleidet.

Das OLG Düsseldorf bezeichnet die Generalnorm des § 1 GWB in einer Entscheidung vom 9. April 1974¹¹⁾ als Schutzgesetz, weil sie auch dem individuellen Schutz des einzelnen Geschäftsmannes gegenüber Versuchen diene, den Wettbewerb und somit seine wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten einzuschränken.

Dagegen vertritt das OLG Frankfurt in einem Urteil vom 12.6.1975¹²⁾ noch lapidar die Meinung, daß es sich bei dem Kartellverbot des § 1 GWB nicht um ein Schutzgesetz zugunsten des - unter kartellmäßig abgesprochenen Bedingungen - belieferten Kunden handelt.

In einer Entscheidung vom 4.4.1975 hat der BGH erstmals zur Schutzgesetzeigenschaft von § 1 definitiv Stellung genommen und die Schutzgesetzeigenschaft bejaht¹³⁾, nachdem er die Frage in einigen Entscheidungen zwar aufgeworfen hatte, aber nicht entscheiden mußte¹⁴⁾ und sich in zwei anderen Entscheidungen¹⁵⁾ die jetzige Rechtsprechung des BGH bereits anzeigte.

10) WuW/E LG/AG 259 (263) ("Zweittaxi")

11) WuW/E OLG 1523 (1526), bestätigt durch den BGH, vgl. FN 13

12) WuW/E OLG 1615 ("Hefekunden")

13) BGH, NJW 1975, S. 1223 ff = WuW/E BGH 1364 ("Krankenhaus-zusatzversicherung")

14) WuW/E BGH 734 (735) ("Glühlampen II"); WuW/E BGH 767 (778) ("Bauindustrie"); WuW/E BGH 1205 (1210) "Verbandszeit-schrift")

15) WuW/E BGH 288 (291) ("Großhändlerverband II"); WuW/E BGH 1175 (1178 f) ("Ostmüller")

In der Entscheidung aus dem Jahre 1975 legt der BGH dar, daß § 1 iVm § 38 Abs 1 Nr. 1 GWB den Schutz derjenigen Wettbewerber der Kartellpartner bezweckt, die infolge der Beschränkung des Wettbewerbs schon am Zutritt zu dem durch den Vertrag beeinflussten Markt behindert würden. Zwei private Krankenversicherungsunternehmen hatten begehrt, zwei Ersatzkassen die Unterlassung von Hinweisen aufzugeben, mit denen diese Ersatzkassen ihren Mitgliedern vier andere private Krankenversicherungsunternehmen zum Abschluß von Krankenhauszusatzversicherungen empfahlen. Die Ersatzkassen hatten weiterhin eine Zusammenarbeit mit jedem der vier privaten Krankenversicherungsunternehmen dergestalt vorgesehen, daß von diesen in Zukunft ein besonderer, günstiger und einheitlicher Tarif für die Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung angeboten werden und daß in Zusammenarbeit mit den beiden Ersatzkassen das Erstattungsverfahren vereinfacht und beschleunigt werden sollte.

Der BGH begründet seine Entscheidung damit¹⁶⁾, daß angesichts der Bedeutung, die dem Kartellverbot nach dem Gesetz in der Wirtschaftsordnung, insbesondere der machteinschränkenden Kontrolle eines vereinbarten Verhaltens auf dem Markt zukomme, in einem Fall dieser Art die Rechtsschutzverweigerung allein, wie sie in § 1 GWB zum Ausdruck komme, und die Bußgeldandrohung wegen einer Ordnungswidrigkeit gem. § 38 Abs. 1 GWB nicht genüge. Mangels eines außerkartellrechtlichen Deliktschutzes in diesem Interessenbereich, etwa aus dem Gesichtspunkt des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, und mangels eines hinreichenden kartellrechtlichen Deliktschutzes in dem vorliegenden Fall, sei aus deliktsrechtlicher Sicht ein solcher Schutz derjenigen gesetzestreuen Wettbewerber geboten, auf deren Kosten die Abschnürung des Marktzutritts durch die Beklagten vollzogen werde.

16) a.a.O., S. 1225

cc) Stellungnahme

Die reine Institutionsschutztheorie ist abzulehnen. Die von ihren Vertretern vorgetragene These, zur Begründung des Kartellverbots seien nur allgemeine, volkswirtschaftliche Argumente maßgeblich gewesen, vermag allein das Fehlen eines Individualschutzes nicht zwingend zu erklären. Die Feststellung, eine Bejahung des Individualschutzes ziehe, wegen der damit verknüpften Folgen der möglichen Bejahung von Schadensersatzansprüchen gemäß § 35, Schwierigkeiten und negative Auswirkungen für das Wirtschaftsleben nach sich, mag für sich allein richtig sein, sie ist jedoch als Argument gegen den Individualschutz nicht durchgreifend.^{16a)} Bevor die Frage der Gewährung oder Nichtgewährung von Schadensersatz relevant wird, muß denknotwendig über das Vorhandensein von Individualschutz bereits entschieden sein. Zweckmäßigkeitserwägungen können insoweit nicht anerkannt werden.

Die Argumentation von L e o verkennt, daß der Verbotscharakter einer Vorschrift für die Frage, ob sie den Schutz einzelner bezweckt, nicht ausschlaggebend ist.

Der Wettbewerbsschutz als solcher umfaßt zwangsläufig den Schutz derjenigen Personen, die begriffsnotwendig zum Wettbewerb gehören. Das Kartellverbot ist nur im Zusammenhang mit den Beziehungen der Mitbewerber auf der einen und den Kunden auf der anderen Seite zu verstehen¹⁷⁾. Diese Überlegung zwingt in erster Linie - neben den anderen, von den Vertretern der gemischten Theorie angeführten Argumenten¹⁸⁾ - zu dem Schluß, daß § 1 iVm § 38 Abs 1 Nr 1 einerseits den Wettbewerb als Institution zu erhalten sucht, und andererseits ein Schutzgesetz ist, das sowohl den Schutz der Mitbewerber als auch den der Kunden bezweckt.

16a) so auch der BGH, a.a.O. (13)

17) Baumbach-Hefermehl § 35 Anm 4; Fikentscher, BB 1956, S. 793; Günther, BB 1957, S. 721; Lukes, a.a.O. (7), S. 721

18) vgl. oben S. 33

dd) Die Bestimmung der von § 1 geschützten Individuen

Der Kreis der geschützten Individuen ginge ins Uferlose, wenn man jedem, für den sich die Wettbewerbsbeschränkung negativ bemerkbar macht, Individualschutz zubilligen wollte. Nach der dem Kartellgesetz zugrundeliegenden Wirtschaftsauffassung wirken sich Wettbewerbsbeschränkungen nicht nur auf die unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmer aus, sondern durch die Interdependenz aller wirtschaftlichen Vorgänge auf einen weit größeren Kreis von Wirtschaftsteilnehmern¹⁹⁾. Es ist zu fragen, ob ein derart ausgeweiteter Individualschutz vom Zweck der Vorschrift getragen wird.

§ 1 will den Wettbewerb vor Beschränkungen bewahren. Anhaltspunkt für die Bestimmung des Kreises der geschützten Individuen muß daher der Wettbewerb auf dem Markt sein, auf den die Beschränkung abzielt. Vom Wettbewerb auf diesem Markt ausgehend sind deshalb nur diejenigen Individuen vom Schutzbereich des § 1 umfaßt, die an diesem Markt teilnehmen, und zwar die Anbieter und die Abnehmer des Kartells, je nach Richtung der Wettbewerbsbeschränkung, und die Kartellaußenseiter.^{19a)}

Die an der Beschränkung beteiligten Unternehmen werden nicht geschützt. Sie haben ihre Freiheit freiwillig aufgegeben und sich zu einem Verhalten verpflichtet, das einem gemeinsamen Zweck dient und nicht gegen sie gerichtet ist. Sie können sich jedoch auf die Unwirksamkeit des Vertrages berufen und gegebenenfalls Feststellungsklage erheben. Werden sie von anderen

19) vgl. oben, S. 3

19a) weitergehend Steindorff, ZHR 138 (1974), S. 505 ff (520 f), der ausgehend von der Zielrichtung der Wettbewerbsbeschränkung die Möglichkeit sieht, auch diejenigen Personen als geschützt anzusehen, denen die Abnehmer des Kartells und ihre Abnehmer die bezogenen Waren, Güter und Leistungen ohne nennenswerte Be- und Verarbeitung bestimmungsge-
mäß weiterveräußern; vgl. zuletzt auch Tillmann, ZHR 141 (1977) S. 32 ff, der meint, auch die Verbraucher könnten in dem Schutzbereich einbezogen werden

Unternehmen zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten iSd § 1 gezwungen, so bietet § 25 Abs 2 Schutz. Gemäß § 25 Abs 2 ist es verboten, andere Unternehmen durch die Anwendung von Lock- und Druckmitteln zu einem Verhalten zu veranlassen, dessen Ausführung durch den Adressaten nach § 38 Abs 1 S. 1 verboten wäre, wenn es auf einem der Zielsetzung des Veranlassers entsprechenden Vertrag zwischen den Beteiligten iSd § 1 beruhen würde. Das Vorliegen eines Vertrags iSd § 1 ist für die Anwendbarkeit von § 25 Abs 2 nicht erforderlich.²⁰⁾

b) § 15 GWB Preisbindung und Bindung der Geschäftsbedingungen in Drittverträgen

Von § 15 wird die Preisbindung und Bindung von Geschäftsbedingungen für nichtig erklärt. Der Frankfurter Kommentar²¹⁾ bemerkt zutreffend, § 15 diene der Durchsetzung der wirtschaftspolitischen These, daß vertikale Wettbewerbsbeschränkungen unter bestimmten Voraussetzungen schädlich und der bestmöglichen Versorgung der Allgemeinheit abträglich seien. Hieraus läßt sich aber noch nicht der Schluß ziehen, daß § 15 nicht auch den Schutz einzelner Unternehmen bezwecke.

aa) Der Schutz der Vertragspartner

Nach seinem Wortlaut will § 15 die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Vertragspartner bindender Unternehmen schützen²²⁾. Dem steht, im Gegensatz zu § 1, nicht entgegen, daß die einzelnen Unternehmen die Verträge selbst schließen. Hier handelt es sich um gegenseitige Verträge, wohingegen die Verträge des § 1 zu einem gemeinsamen Zweck beschlossen werden. Darüberhinaus kann für das abnehmende Unternehmen eine wirtschaftliche Notwendigkeit bestehen, sich dem Diktat des bindenden Unternehmens zu unterwerfen, nämlich dann, wenn es auf dessen Waren

20) BGH WuW/E BGH 451 ff (457) ("Export ohne WBS"); Benisch im Gem.Komm. 3. A. § 25 Anm 4, 5; einschränkend Frankf. Komm. § 25 Anm 11

21) Frankf. Komm. § 35 Anm 31

22) Frankf. Komm. § 15 Anm 3; Schwartz im Gem.Komm. 3. A. § 15 Anm 2; vgl. auch BGH WuW/E BGH 1403 ("EDV-Zubehör"); a.A. Baumbach/Hefermehl § 15 GWB Anm 1

angewiesen ist. S c h w a r t z weist zutreffend darauf hin, daß unserer Rechtsordnung der Gedanke nicht fremd sei, einen Kontrahenten gegen sich selbst zu schützen, indem sie die Vereinbarung bestimmter Vertragsregelungen für unzulässig erklärt²³⁾, z.B. zum Nachteil des Kommittenten in § 402 HGB. Ein weiteres Indiz für den Schutz der Gebundenen in § 15 ist das Antragsrecht gemäß § 17 Abs 1. § 15 ist daher als Schutzgesetz für die gebundenen Unternehmen anzusehen.^{23a)}

bb) Die Lage der Abnehmer der Gebundenen

Die eigentlich Betroffenen der Bindung iSd § 15 sind, neben den gebundenen Unternehmen, die Kunden dieser Unternehmen. Das gebundene Unternehmen kann, ohne gegen den, wenn auch unwirksamen, Erstvertrag zu verstoßen, nicht von den vorgeschriebenen Preisen oder Geschäftsbedingungen abweichen, auch wenn es wirtschaftlich eine Abweichung durchaus vornehmen könnte und wollte. Die Bindung wirkt sich daher auch auf die Abnehmer der Gebundenen aus. Sie sind der Möglichkeit beraubt, einen Vertrag im Hinblick auf die gebundenen Bestandteile zu ihren Gunsten zu verändern. Fraglich ist allerdings, ob die Drittvertragspartner der Gebundenen als einzelne in den Schutzbereich des § 15 fallen. Insbesondere wenn man die Lage bei der Preisbindung der zweiten Hand, die auf den Vertrag zwischen dem Einzelhändler und dem Letztverbraucher abzielt, betrachtet, erkennt man, daß es sich hier um den Schutz eines nicht mehr individualisierbaren Personenkreises handelt. Als Käufer eines preisgebundenen Artikels im Einzelhandel, beispielsweise einer Tube Zahncreme, kommt praktisch jeder in Frage. Als geschützt ist die Gesamtheit der möglichen Käufer zu bezeichnen, für die der Kunde im Einzelfall nur als Repräsentant anzusehen ist. Nach der auch im GWB anzuwendenden Rechtsprechung des BGH²⁴⁾ zum Problem der Abgrenzung von Individualschutz und Schutz der Allgemeinheit, verläuft die Grenze dort, wo nicht mehr

23) Schwartz, a.a.O. Anm 3

23a) Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 15 Anm 74; einschränkend Belke, ZHR 138 (1974) S. 244 ff; a.A. Schwartz, a.a.O. Anm 48

24) vgl. oben S. 4

von Schutz eines bestimmten Personenkreises gesprochen werden kann. Hinsichtlich der Drittverträge beabsichtigt § 15 somit lediglich den Schutz der Allgemeinheit²⁵⁾. Für den einzelnen Drittvertragspartner ergibt sich also nur eine Reflexwirkung.

cc) Der Schutz der Mitbewerber

Der Schutz der gebundenen Vertragspartner wird durch die Formulierung des § 15 relativ leicht offenbar. Die Frage, ob die Mitbewerber der Vertragsparteien auch als von § 15 geschützt anzusehen sind, läßt sich nur mit Blick auf die konkrete Marktsituation beantworten. Die vertikalen Preisbindungen schließen den Preiswettbewerb um denselben Artikel auf der Händlerstufe aus, machen aber den Wettbewerb und insbesondere den Preiswettbewerb zwischen gleichartigen Waren verschiedener Hersteller um so schärfer, da der überall gleiche Preis eines Artikels dem Hersteller eine einheitlich gelenkte Preiswerbung ermöglicht und die Beliebtheit des Artikels bei Händlern und Verbrauchern steigert²⁶⁾. Bei dem jetzt geltenden allgemeinen Preisbindungsverbot, das nur für Verlagserzeugnisse gem. § 16 eine Ausnahme macht, wird der Unternehmer zwar nicht mit einem gebundenen Preis werben, da dann ein Verstoß ja offenkundig wäre, doch dürfte die gem. § 38 a Abs 1 an sich erlaubte Werbung mit einem empfohlenen Preis, der infolge der Bindung allgemein eingehalten wird, die gleichen Wirkungen zeigen, wenn der Verbraucher erkennt, daß er den Artikel tatsächlich überall zu dem empfohlenen Preis erhält. Diejenigen Unternehmer, welche keine Preisbindung vereinbaren, können eine dem Gesetz zuwiderlaufende Schädigung im Wettbewerb erleiden, wenn dritte Unternehmer für gleichartige Waren entgegen dem Gesetz eine Preisbindung vereinbaren und durchsetzen. Hier sind die Verhältnisse insofern anders als bei den Abnehmern der gebundenen Unternehmen, als der Kreis der Mitbewerber relativ leicht individualisierbar ist. Die Mit-

25) Frankf. Komm. § 35 Anm. 31; Leo WuW 1959, S. 485 ff (492); Schwartz im Gem. Komm. 3. A. § 15 Anm 48; a.A. Müller/Giessler § 15 Anm 3; Belke, ZHR 139 (1974) S. 246; Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 15 Anm 74; vgl. zuletzt auch Tillmann, ZHR 141 (1977) S. 32 ff

26) BGH WuW/E BGH 251 ff (259) ("4711")

bewerber der bindenden Unternehmen sind daher als von § 15 geschützt anzusehen²⁷⁾. Dagegen spricht nicht, daß § 16 mit der zulässigen Preisbindung für Verlagserzeugnisse eine mögliche Benachteiligung von Individualinteressen der Mitbewerber zuläßt. Denn im Buchhandel wird die Preisbindung seit Jahrzehnten gehandhabt und hat sich allgemein durchgesetzt, so daß es nichtbindende Mitbewerber praktisch nicht gibt²⁸⁾. Aber auch als die Preisbindung für Markenartikel noch zulässig war, konnte der in § 16 fehlende Hinweis auf den Schutz der Mitbewerber keine andere Beurteilung ergeben²⁹⁾. Die Preisbindungserlaubnis für Markenartikel gründete sich gerade auf die Abwägung der Interessen des Herstellers von Markenartikeln und derer des gebundenen Händlers und der Mitbewerber des Herstellers. Der Gesetzgeber ging davon aus, daß die Herstellerinteressen überwiegen. Dafür war die Preisbindungserlaubnis an enge tatbestandliche Voraussetzungen gebunden.

Ein Schutz der Konkurrenten des gebundenen Vertragsteils ist nicht bezweckt.^{29a)} Ihr Interessenbereich wird durch die Vereinbarung und Praktizierung einer Preisbindung nicht beeinträchtigt. Ein Schaden ist bei ihnen zwar denkbar, wenn das preisbindende Unternehmen mit ihnen überhaupt keine Verträge abschließt oder nur unter Vereinbarung einer Preisbindung. Derartige Schäden zu verhindern ist aber nicht Ziel des § 15, sondern gegebenenfalls das des § 26 Abs 2.

27) vgl. LG Köln, WuW/E LG, AG 81 ff (88) ("Körperpflegemittel"); LG Mannheim, WuW/E LG, AG 182 ("Eiernudeln"); BGH, a.a.O.; OLG Hamburg, WuW/E OLG 352, 353; OLG Frankfurt, WuW/E OLG 1669 ff (1671 f) ("Schokladen-Riegel"); Belke, ZHR 139 (140), S. 246 f; a.A. Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 15 Anm 74

28) ebenso Baumbach-Hefermehl, § 35 GWB Anm 8; Müller/Giessler § 35 Anm 13; BGH a.a.O. (26); a.A. Benisch im Gem. Komm. 3. A. § 35 Anm. 15; Frankf. Komm. a.a.O. (25); Leo a.a.O. (25)

29) so aber Frankf. Komm. a.a.O. (25), im Anschluß an Leo, a.a.O. (25)

29a) Rasch/Westrick, § 15 Anm. 9; Schwartz im Gem.Komm. 3.A. § 15 Anm. 48; a.A. Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 15 Anm 74; Müller/Giessler § 15 Anm 36

c) § 20 GAB

§ 20 bringt im Rahmen der Individualverträge eine Sonderregelung für bestimmte Verträge über die gewerblichen Schutzrechte Patent, Gebrauchsmuster und Sortenschutzrecht. Verträge über den Erwerb oder die Benutzung dieser Schutzrechte sind nach § 20 Abs 1 unwirksam, soweit sie dem Erwerber oder Benutzer Beschränkungen im Geschäftsverkehr auferlegen, die über den Inhalt der Schutzrechte hinausgehen.

aa) Schutz für Vertragsbeteiligte

Zweck des § 20 ist es, die wirtschaftlichen Gefahren zu bannen, die sich aus der monopolähnlichen Stellung des Schutzrechtsinhabers ergeben. Rasch / Westrik³⁰⁾ sind dabei der Meinung, daß § 20 in erster Linie die Gefahren für den Wettbewerb im Auge habe. Sie sehen daher den Erwerber und Lizenznehmer nicht als von § 20 geschützt an. Übersehen wird dabei jedoch, daß die Kartellbehörde eine Erlaubnis nach § 20 Abs 3 nicht erteilen kann, wenn die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Erwerbers oder Lizenznehmers unbillig eingeschränkt werden würde. Würde § 20 Abs 1 den Schutz des Erwerbers oder Lizenznehmers nicht bezwecken, so wäre es unverständlich, wenn die Kartellbehörde bei der Erteilung einer Erlaubnis die Interessen dieser Vertragspartner berücksichtigen müßte. Hieraus ist zu schließen, daß § 20 Abs 1 auch den Schutz der Erwerber und Lizenznehmer bezweckt³¹⁾.

Als Gegenargument kann nicht gelten, daß der Erwerber oder

30) Rasch/Westrik § 35 Anm 4

31) ebenso Langen § 20 Anm 117

Lizenznehmer den Vertrag selbst mit schließt. Der Schutzrechtsinhaber kann in einer derartigen Machtposition sein, daß der Vertragspartner gegen eine willkürliche Ausnutzung dieser Position geschützt werden muß.

bb) Schutz für Dritte

Verträge über gewerbliche Schutzrechte iSd § 20 Abs 1 können auch Einfluß auf dritte Unternehmen ausüben. Es fragt sich daher, ob § 20 Abs 1 auch den Schutz Dritter bezweckt. Hierbei ist ebenfalls § 20 Abs 3 heranzuziehen. Die Kartellbehörde muß die Erteilung einer Erlaubnis verweigern, wenn die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit anderer Unternehmen unbillig eingeschränkt wird. Das berechtigt zu dem Schluß, daß § 20 Abs 1 auch die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit dritter Unternehmen schützt und zu ihren Gunsten Individualschutz enthält.

III. Vorschriften, bei denen der Schutz iSd § 35 von einer Verfügung der Kartellbehörde abhängt

Die zweite Hauptgruppe bilden Vorschriften, die individual-schützende Verfügungen ermöglichen. Adressat dieser Normen ist, im Gegensatz zu denen der ersten Gruppe, nicht das einzelne, am Wirtschaftsverkehr teilnehmende Unternehmen, sondern im Regelfall die Kartellbehörde, in vereinzelt Fällen ein Gericht. Hieraus ergeben sich einige spezifische Probleme, die bei sämtlichen Normen dieser Gruppe gleichermaßen vorhanden sind. Ihnen gilt zunächst das Augenmerk.

1. Ermächtigungsbestimmungen als Schutzgesetz iSd § 35 GWB?

Um den Anspruchsvoraussetzungen des § 35 gerecht werden zu können, ist es erforderlich, daß die Normen dieser Gruppe die Kartellbehörden zu Verfügungen ermächtigen, welche an den Adressaten ein Verhaltensgebot im Interesse einzelner Dritter erlassen. Setzt sich das Unternehmen, an das die Verfügung erging, über die Verhaltensvorschriften einer derartigen Verfügung hinweg, so können Schadensersatzansprüche eines geschützten dritten Unternehmens gemäß § 35 entstehen.

Wird ein einzelner aber nur dergestalt beeinträchtigt, daß eine Schutzverfügung der Kartellbehörde möglich wäre, ist also lediglich der Eingriffstatbestand erfüllt, so sind die sich im Hinblick auf § 35 daran knüpfenden Rechtsfolgen streitig.

a) Die Gleichsetzungsproblematik

Nach der herrschenden Meinung¹⁾ ist, solange die Kartellbehörde nicht eingreift, auch wenn der Eingriffstatbestand an

1) Baumbach-Hefermehl § 18 GWB Anm 18; Benisch im Gem.Komm. 3.A. § 35 Anm. 5; Frankf. Komm. § 35 Anm 33 u. 41; Gleiss/Kracht NJW 1959, S. 972; Leo WuW 1959, S. 496; Müller/Giessler § 35 Anm 14; Rasch/Westrik § 35 Anm 4; BGH WuW/E BGH 1005 ff (1007) ("Silobehälter") und 1299 ff ("Strombezugspreis"); Goll, WuW 1976, S. 291 ff (293 f) für § 22 GWB; Spengler WuW 1960, S. 410 ff (418) u. Über die Tatbestandsmäßigkeit ... S. 27; BGH NJW 1974, S. 901 f für § 22; Schmiedel, Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht, S. 8 f u. 42 ff; Hohn, Zivilrechtliche Folgen ... S. 79; vgl. neuerdings ausführlich K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht ... S. 145 ff, 248 ff

sich erfüllt ist, für die Gewährung eines Schadensersatzes gem. § 35 kein Raum. Die Ermächtigungsnorm wende sich nicht mit einem Ge- oder Verbot an die Beeinträchtigenden. Adressat der Norm sei die Kartellbehörde. Von dem einzelnen Unternehmen werde erst dann ein bestimmtes Verhalten verlangt, wenn es Adressat einer entsprechenden kartellbehördlichen Verfügung geworden ist. Erst dann sei ein Verstoß gedanklich möglich und § 35 anwendbar.

Demgegenüber wird die Ansicht²⁾ vertreten, bereits die Eingriffskriterien von Eingriffstatbeständen seien, privatrechtlich gesehen, Verbotskriterien, welche einen Schutz gem. § 35 rechtfertigten.

aa) Die Problematik bei § 27 GWB

Der BGH³⁾ stellt in seiner Entscheidung, in der er § 27 als Schutzgesetz bezeichnet, auf einen Vergleich der Rechtslage vor und nach dem Erlaß des GWB ab: Das Diskriminierungsverbot der Dekartellierungsgesetze habe einen Aufnahmewang für Wirtschaftsverbände beinhaltet und insoweit ein Schutzgesetz iSd § 823 Abs 2 BGB dargestellt⁴⁾. Da kein Anhaltspunkt dafür bestehe, daß das GWB die Rechtsposition des aufnahmesuchenden

2) beschränkt auf § 27, BGH WuW/E BGH 288 ff ("Großhändlerverband II"); daran im Anschluß Baumbach-Hefermehl § 27 GWB Anm 14 und Müller/Giessler § 35 Anm 20; beschränkt auf § 18, Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassung, S. 220; Jansen, Die Kopplungsverträge im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 123 ff; allgemein für die Eingriffstatbestände des GWB, Mestmäcker, Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, AcP 168 (1968), S. 235 ff (242 f, 248 ff); wohl auch Emmerich, NJW 1974, S. 902 f; Clodius, Die Mißbrauchsbestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 3 und 61 ff; Koch, Schadensersatz bei unerlaubten wettbewerbsbeschränkenden Handlungen nach deutschem und europäischem Recht, S. 114 f, will den Verträgen zwar die Gültigkeit nicht absprechen. Das Gericht soll jedoch unabhängig von einer Verfügung der Kartellbehörde Schadensersatz zubilligen können.

3) a.a.O.; unentschieden BGH WuW/E BGH 1347 ff (1348) ("Rad- und Kraftfahrerbund")

4) BGH WuW/E BGH 156 ff ("Darmimporteure")

Unternehmens habe verschlechtern wollen, besitze auch § 27 GWB Schutzgesetzcharakter⁵⁾.

Dagegen ist einzuwenden, daß allein mit der bloßen Feststellung, der Gesetzgeber habe die Rechtslage der Betroffenen nicht verschlechtern wollen, für die Auslegung der Bestimmung nicht viel gewonnen ist. Allein hierauf abzustellen, hieße, die Auslegung des neuen Gesetzes allzu sehr zu verkürzen⁶⁾. Hinzu kommt, daß das GWB die nach den Dekartellierungsgesetzen bestehende Rechtslage nicht in jedem Fall unverändert übernehmen wollte. Der BGH bleibt somit eine wirkliche Begründung für den Verbotscharakter des Eingriffstatbestandes schuldig. Darüber hinaus ergibt sich aus § 35 selbst, daß § 27 kein Schutzgesetz im Sinne dieser Vorschrift ist. Nach § 35 Abs 1

S. 2 kann der Geschädigte auch für den immateriellen Schaden eine billige Entschädigung in Geld verlangen, wenn sich der Verstoß gegen eine auf Grund des § 27 erlassene Verfügung richtet. Wäre § 27 Schutzgesetz, so würde sich die Aufnahmeverpflichtung bereits aus § 27 ergeben, die Aufnahmeanordnung der Kartellbehörde hätte nur deklaratorischen Charakter. Es wäre nicht einzusehen, warum bei einem Verstoß gegen die deklaratorische Verfügung der immaterielle Schaden ersetzt werden kann, nicht aber bei einem Verstoß gegen die Verbotsvorschrift selbst. Da der Gesetzgeber eine derart unangemessene Unterscheidung nicht getroffen hätte, kann daraus nur der Schluß gezogen werden, daß § 27 allein nicht als Schutzgesetz iSd § 35 zu betrachten ist⁷⁾.

5) BGH a.a.O. (2) 291; wie der BGH auch OLG Düsseldorf WuW/E 685 ("Funktaxiverein") und WuW/E OLG 981 ("Zeitungsgroßhandel"); Baumbach-Hefermehl a.a.O.; Müller/Giessler a.a.O.; Reuß, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd II § 27 GWB Anm V; Tetzner, Kartellrecht, S. 189, 205; Rinck, Wirtschaftsrecht, RdNr. 961; Fikentscher, Die Geschäftsgrundlage ..., S. 85 f; Clodius, Die Mißbrauchsbestimmungen ..., S. 42 f; Koch, Schadensersatz ..., S. 67; Jansen, Kopplungsverträge, S. 125; Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 142 und Das Wirtschaftsrecht, S. 338; Möschel, Der Oligopolmißbrauch ..., S. 211; Jungbluth, Deutsche Richterzeitung 1960, S. 343 ff (345); Mestmäcker, AcP 168 (1968), 235 ff (242 f, 252)

6) Gleiss/Krach, NJW 1959, S. 971 ff

7) vgl. Benisch im Gem.Komm. § 35 Anm 16; Frankf.Komm. § 35 Anm 41; Rasch/Westrick § 27 Anm 6; Rittner, WuW 1969, 72; Leo, WuW 1959, 496; Spengler, WuW 1960, 419; Gleiss/Kracht,

bb) Die Problematik bei § 18 GWB

B i e d e n k o p f⁸⁾ vertritt die Meinung, § 18 sei als Schutzgesetz iSd § 35 anzusehen, im wesentlichen mit dem Argument, bei den Ausschließlichkeitsbindungen handle es sich letztlich um die vertragliche Vereinbarung eines Zustandes, der ohne die vertragliche Bindung als Boykott zu bezeichnen wäre, also um vertraglich vereinbarten Boykott. Es könne vom Gesetzgeber nicht gewollt sein, daß sich ein Dritter zwar nach § 26 Abs 1, nicht aber im Falle vertraglich vereinbarter unbilliger Beschränkung nach § 18, mit Hilfe des Unterlassungsanspruches wehren könne.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß zwischen dem Boykott und der vertraglich vereinbarten Ausschließlichkeitsvereinbarung ein wesentlicher Unterschied besteht. Der Boykott ist eine Kampfmaßnahme des reinen Behinderungswettbewerbes. Dagegen enthält die von § 18 erfaßte Ausschließlichkeitsvereinbarung, mag sie auch eine absperrende Nebenwirkung auf Dritte haben, stets ein positives, zum Geschäftsverkehr der Parteien hinführendes Element. Die Ausschließlichkeitsvereinbarung gehört somit zum Leistungswettbewerb⁹⁾. Hinzukommt, daß die Anwendbarkeit von § 26 Abs 1 nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß das fragliche Verhalten auf einer Vereinbarung beruht, die unter § 18 fällt. § 18 ist im Verhältnis zu § 26 keine Spezialvorschrift.¹⁰⁾

Ein weiteres Argument für seine Ansicht will B i e d e n k o p f in dem Schutzzweck des Eingriffstatbestandes finden. Der Zweck des § 18 gehe dahin, dritte Wettbewerber zu schützen, folglich müsse § 18 Schutzgesetz iSd § 35 sein¹¹⁾. Übersehen

NJW 1959, 972; Walther, WRP 1959, 136 ff; Langen § 27 Anm 10; Liebs, Vertriebsverträge ... S. 33 f; Schwippert, Die Ermessensentscheidungen ... S. 95 f; Schmiedel, Deliktsobligationen ... S. 46 Fußn. 63; Möhring, NJW 1963, S. 133 ff (134); Bohn, BB 1964, S. 788 ff (791); kritisch neuerdings K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht ..., S. 280 ff

8) a.a.O. (2)

9) so Leo, WuW 1959, S. 486

10) BGH WuW/E BGH 502 ff (513); Schwartz im Gem.Komm. § 18 Anm. 96 m.w.N.

11) a.a.O. (2), S. 219

wird dabei allerdings, daß der Gesetzgeber den Schutz einzelner auch anders als in Form der Gewährung von Schadensersatzansprüchen gestalten kann. Es bleibt seiner Entscheidung überlassen, ob er davor ein behördliches Verfahren schalten will^{11a)}. Der Schutz z w e c k wird dadurch nicht verändert. Der Schutzzweck beantwortet daher bei der Beurteilung der Frage, ob es sich bei einem Eingriffstatbestand um ein unmittelbares Schutzgesetz iSd § 35 handelt, nur die eine Hälfte der Frage. Über die andere Hälfte, nämlich ob von der Bestimmung ein bestimmtes Verhalten verlangt wird, kann die Ermittlung des Schutzzwecks keine Auskunft geben.

cc) Die Problematik bei § 22 GWB

M e s t m ä c k e r folgert aus seinem rechtssystematischen Entwurf des Verhältnisses vom Recht der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht eine privatrechtliche Funktion des GWB¹²⁾. Die privatrechtliche Funktion des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen lasse jedoch erkennen, daß die behördliche Durchsetzung einer Norm nicht gegen eine darüberhinausreichende privatrechtliche Relevanz spreche. Die Eingriffskriterien (der Tatbestand) und der Eingriff (die Rechtsfolge) seien zu trennen. Die Befugnis der Kartellbehörden, Verträge für unwirksam zu erklären oder einen Mißbrauch zu untersagen, schließe weitergehende privatrechtliche Rechtsfolgen nicht aus. Es sei vielmehr im Einzelfall zu prüfen, ob die betreffende Vorschrift zugleich Schutzgesetz iSv § 35 sein könne, deren Verletzung Schadensersatzansprüche auslöse¹³⁾.

Für § 22 gewinnt M e s t m ä c k e r dabei Ergebnisse aus der Auslegung des Mißbrauchsbegriffs¹⁴⁾ und der Bestimmung des Zwecks des Mißbrauchsverbots: Die Mißbrauchsaufsicht beschränke sich darauf, den marktbeherrschenden Unternehmen solche Verhal-

11a) vgl. hierzu neuerdings ausführlich K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht ..., passim

12) a.a.O. (2), S. 235 ff (237 ff)

13) a.a.O. S. 243

14) a.a.O. S. 251 f

tensweisen zu untersagen, die ihm allein aufgrund seiner Marktmacht offenstehen, die einem einzelnen Unternehmen bei Vorherrschen von Marktmacht unmöglich wären oder durch die andere Unternehmen in einer Weise behindert oder benachteiligt werden, wie es bei wirksamem Wettbewerb ausgeschlossen wäre"¹⁵⁾. Eine gesetzliche Konkretisierung des Mißbrauchs enthalte das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs 2¹⁶⁾. Damit sei klargestellt, daß es sich bei einem Mißbrauch nach § 22 nicht notwendig um einen Rechtsmißbrauch in dem Sinne handle, daß eine formale Rechtsposition in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise ausgenutzt werde. Vielmehr solle die Verhandlungsfreiheit des nicht marktbeherrschenden Unternehmens in einem Rechtssystem geschützt werden, das die Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit von Konkurrenten, Lieferanten und Abnehmern gewährleiste. Der Tatbestand des Mißbrauchs der Marktmacht auf dritten Märkten lasse das maßgebliche Wertungskriterium besonders deutlich hervortreten: Das marktbeherrschende Unternehmen solle seine Macht nicht auf andere Märkte übertragen, indem es durch die besonderen, ihm aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung offenstehenden Handlungsmöglichkeiten Vorsprünge im Wettbewerb erzielt.

Diese Auslegungskriterien weisen nach Ansicht M e s t - m ä c k e r ¹⁷⁾ ausnahmslos auf den Zweck des § 22, Dritte in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit zu schützen. Deshalb sei anzunehmen, daß § 22 Schutzgesetz iSv § 35 ist und als Grundlage für Schadensersatzansprüche

15) a.a.O. im Anschluß an das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundes-Wirtschaftsministerium zur Novelle vom 15.9.1965, BT-Drucksache IV/617, S. 96

16) a.a.O., S. 252 im Anschluß an die amtliche Begründung der Bundesregierung zur Novelle vom 15.9.1965, Bericht der Bundesregierung zum Änderungsentwurf, BT-Drucksache IV/617, S. 70 und Begründung der Bundesregierung zum Änderungsentwurf, BT-Drucksache IV/2564, S. 15

17) a.a.O.

dienen könne¹⁸⁾.

Demgegenüber konzidiert der BGH in einer neueren Entscheidung¹⁹⁾ zwar, daß der Umstand, daß das GWB (nach seiner Ansicht) primär im Allgemeininteresse den Schutz der Wettbewerbsfreiheit als Institution bezwecke²⁰⁾ nicht entgegenstehe, eine Vorschrift des GWB als Schutzgesetz im Sinne von § 35 anzusehen, zumal letzterer anderenfalls überflüssig wäre. Umgekehrt könne jedoch allein daraus, daß die im öffentlichen Interesse erlassenen Vorschriften gegen eine mißbräuchliche Beschränkung des Wettbewerbs in der Regel auch dem privatrechtlichen Schutz des Verletzten dienen würden²¹⁾, noch nicht ohne weiteres auf den Schutzgesetzcharakter dieser Vorschriften geschlossen werden. Vielmehr bedürfe es einer Prüfung im Einzelfall, ob die fragliche Norm neben ihrer Verfolgung der Allgemeininteressen nicht nur als deren bloßer Reflex oder mittelbar über eine zugunsten des Betroffenen wir-

18) bejahend ebenfalls Emmerich, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum GWB in ZHR 140, S. 97 ff (115 f); ders., Das Wirtschaftsrecht ... 1969, S. 336 ff; ders., NJW 1974, S. 903; ders., Wettbewerbsrecht ..., S. 126, 185; Möschel, Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen 1974, S. 163, 210 f; ders., Das Wirtschaftsrecht der Banken, S. 153; ders., NJW 1975, S. 753 ff (757); P. Beckmann, Relevanter Markt, S. 72 ff; E. Koch, Schadensersatz bei unerlaubten wettbewerbsbeschränkenden Handlungen, S. 122 ff; Jansen, Die Kopplungsverträge im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 131; Rupp, Verfassungsrechtliche Aspekte der Postgebühren, S. 38; Fikentscher, Vertrag und wirtschaftliche Macht, in Festschrift für W. Hefermehl, S. 41 ff (56); ders., Die Geschäftsgrundlage ..., S. 84 ff (115); J. Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik ..., S. 390; Bezzenger, WRP 1956, S. 209 ff (210); Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 92 will dem einzelnen beeinträchtigten Marktteilnehmer ein letztlich in Art 2 Abs 1 GG fundiertes subjektiv öffentliches Recht auf Einschreiten der Kartellbehörde gewähren.

19) BGH U. v. 22.10.73, NJW 1974, S. 901 f

20) BGH NJW 1963, S. 243 ("Grote-Revers")

21) BGH NJW 1959, S. 880 ("Sanifa")

kende Mißbrauchsverfügung der Kartellbehörde, sondern unmittelbar auch den Schutz von Individualinteressen mit der Folge einer echten Anspruchsgewährung nach § 35 bezwecke. Einen solchen unmittelbaren Schutz von Individualinteressen habe aber die Bestimmung des § 22 nicht zum Ziel. Sie enthalte kein Gebot oder Verbot, das unmittelbar zugunsten der von einem mißbräuchlichen Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens Betroffenen wirken könnte und gewähre daher auch keine unmittelbaren Ansprüche zugunsten der Betroffenen.²²⁾

Der letzteren Ansicht ist nach der momentanen gesetzlichen Formulierung zuzustimmen²³⁾. § 35 verlangt den Verstoß gegen ein Gesetz (bzw. eine Verfügung) und das bedeutet, daß das Gesetz ein Ge- oder Verbot enthalten müßte. Allein die Erkenntnis, daß es der Zweck des § 22 sei, die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit zu schützen und daß die Eingriffsbefugnis der Kartellbehörden weitergehende privatrechtliche Rechtsfolgen nicht ausschließt, reicht nicht aus, um damit den für § 35 primär erforderlichen Ge- oder Verbotscharakter zu konstatieren.²⁴⁾

22) ebenso LG Köln, WuW/E LG, AG 305, 306; OLG Frankfurt, WuW/E OLG 1194 ff, 1198 ("Stromversorgung für US-Streitkräfte"); OLG Düsseldorf, WuW/E 1194 ff (1198); Leo, WuW 1959, S. 485 ff (488, 493 f); Spengler, WuW 1960, S. 410 ff (418); Frankf.Komm. § 35 Anm 37; Benisch im Gem.Komm. 3.A. § 35 Anm 16; Müller/Giessler § 35 Anm 13; in einer Anmerkung zum BGH-U v. 22. 10.1973 Fischerhof, NJW 1974, S. 1556 f und Börner, NJW 1974, S. 2235; Westrick/Loewenheim, § 22 Anm 75; Rinck, Wirtschaftsrecht, Rdnr 781; Hohn, Zivilrechtliche Folgen ..., S. 164; Leo, WuW 1959, S. 485 ff (493 f); Rittner, WuW 1969, S. 65 ff (72); Goll, WuW 1976, S. 29; zur Problematik neuerdings Ballerstedt, Festschrift f. Hefermehl 1976, S. 37 ff (54 f)

23) dies hält Steindorff, JZ 1976, S. 29 ff (30) nicht für zwingend

24) ebenso Schmiedel, Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht, S. 46 f; vgl. auch Tillmann, ZHR 141 (1977) S. 32 ff und neuerdings K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht ..., S. 269 ff

Eine andere Frage ist, ob man mit der Monopolkommission fordern sollte²⁵⁾, daß der Gesetzgeber die Schutzgesetzeigenschaft iSd § 35 für § 22 ausdrücklich vorschreibt. Ein Vorbild hierzu sieht die Monopolkommission in Art 86 des EWG-Vertrages²⁶⁾, der als ein unmittelbar geltendes Mißbrauchsverbot formuliert ist. M ö s c h e l²⁷⁾ geht dieser Vorschlag zu weit. Er meint, es habe einen Sinn, wenn die Kartellbehörde bei der Frage ihres Einschreitens Zweckmäßigkeit Gesichtspunkte berücksichtigen kann. Es reiche aus, wenn Dritten ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung seitens der Kartellbehörde gegeben ist. Kriterien dabei wären insbesondere die Schwere des Falles und ob den Betroffenen ein gleichwertiger ziviler Rechtsschutz zur Verfügung steht.

dd) Trennung von Eingriffs- und Verbotstatbeständen

Es zeigt sich somit, daß die Gleichsetzung von Eingriffs- und Verbotstatbeständen im Hinblick auf § 35 nicht zwingend begründet ist. Der Grund für die Berechtigung der Unterscheidung ist letztlich darin zu finden, daß es sich bei den Eingriffstatbeständen um grundsätzlich zulässiges Verhalten der Unternehmen handelt. So ist z.B. der Abschluß von Bindungsverträgen iSd § 18 als durchaus erlaubt anzusehen. Erst wenn die daraus resultierenden Beeinträchtigungen für den Wettbewerb oder für einzelne Unternehmen ein bestimmtes Maß an Intensität erreichen, ist eine Mißbilligung angebracht. Infolge der Vielgestaltigkeit der damit verbundenen wirtschaftlichen Zusammenhänge ist eine starre Abgrenzung der zulässigen von den

25) Sondergutachten I, Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle, S.56

26) zur Schadensersatzpflicht nach Art. 86 des EWG-Vertrages vgl. Steindorff in ZHR 137 (1973) S. 203 ff (210 ff)

27) in NJW 1975, S. 753 ff (757)

unzulässigen Fällen nicht möglich²⁸⁾. Um dieses Unsicherheitsrisiko nicht den Unternehmen aufzubürden, hängt die mit Konsequenzen in Form von Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüchen und Bußgeldandrohungen verbundene Einordnung der Verhaltensweisen in den Bereich des Unzulässigen von einer Entscheidung der Kartellbehörde ab²⁹⁾, die dann "klare Verhältnisse" schafft. Im Anschluß an S t e i n d o r f f³⁰⁾ könnte man allerdings erwägen, die kartellbehördliche Entscheidungsbefugnis - de lege ferenda - dahingehend zu erweitern, daß die Behörde das Vorliegen eines Mißbrauchs für die Vergangenheit festzustellen berufen wird und daß, vielleicht unter dem Vorbehalt solcher Feststellung, mindestens vorsätzlich mißbräuchliches Verhalten die Rechtsfolgen des § 35 auslöst.

b) Das Eingriffsermessen

Da die Kartellbehörde neben Einzelinteressen auch gesamtwirtschaftliche Belange berücksichtigen muß, ist ihr für diese Entscheidungen in der Überwiegenden Zahl der Fälle - und zwar immer dann, wenn es heißt, die Kartellbehörde "kann" eingreifen - ein Ermessen verliehen³¹⁾. Das bedeutet, daß die Kartellbehörde, auch wenn sie die Eingriffsvoraussetzungen als erfüllt ansieht, nicht gezwungen ist, tatsächlich tätig zu werden. Dagegen wird, unter Überbetonung des privatrechtlichen Aspektes des GWB, eingewandt³²⁾, daß, z.B. bei § 18, die in den Eingriffskriterien enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe "unbillig" und "wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs" alle

28) Begründung zum RegE hinsichtlich § 13 (§ 18 GWB) BT-Drucks. 2. Wahlp. 1158 Anlage 1 B I 2. A.E., abgedruckt im Gem.Komm. 1. A. S. 1057 ff (1067)

29) Liebs, Wettbewerbsbeschränkende Vertriebsverträge und unerlaubte Handlung, S. 45 f

30) Steindorff, ZHR 138 (1974), S. 505 ff (517 f)

31) BGH WuW/E 1299 ff ("Strombezugspreis"), hinsichtlich der Entscheidung bei § 22

32) Liebs, a.a.O. (17), S. 42

rechtlich relevanten Gesichtspunkte in sich tragen, so daß kein Raum für die Ausübung eines Ermessens bleibe. Es ist jedoch für Ermessenstatbestände typisch, daß die Feststellung der Voraussetzungen des Eingriffstatbestandes getrennt werden müssen von dem Gebrauch des Ermessens selbst³³⁾. Die Bejahung der ersten Frage führt erst dazu, daß der Ermessensbereich überhaupt eröffnet ist³⁴⁾. Die Betätigung des Ermessens, die allerdings an bestimmte Regeln gebunden ist, vgl. § 70 Abs. 4, führt dann erst zur Konkretisierung der Entscheidung. Diese Entscheidung kann dann zum Beispiel bei § 18 grundsätzlich lauten: "Vertrag für unwirksam erklären", "Vertrag jetzt noch nicht, aber ab einem bestimmten Zeitpunkt für unwirksam erklären" oder auch "überhaupt nicht einschreiten". Daß dem Gesetzgeber die Unterscheidung bewußt war und daß er sie berücksichtigte, zeigt sich an § 11 Abs 4 u. 5.

Nach § 11 Abs 4 "kann" die Kartellbehörde die Erlaubnis widerrufen oder sie sonst belasten, soweit sich die für die Entscheidung maßgeblichen Verhältnisse geändert haben oder soweit einer Auflage zuwidergehandelt wurde. Nach § 11 Abs 5 "ist" die Erlaubnis zu widerrufen oder mit Belastungen zu versehen, soweit sie durch rechtswidrige Einwirkung herbeigeführt worden ist, soweit die Freistellung von § 1 mißbraucht wird oder soweit der Vertrag oder Beschluß oder die Art seiner Durchführung bestimmte, von der Bundesrepublik Deutschland anerkannte, zwischenstaatliche Abkommen verletzt. Der Gesetzgeber war offensichtlich der Ansicht, daß bei den schwerwiegenden Gründen des § 11 Abs 5 ein Einschreiten der Kartellbehörde auf jeden Fall erfolgen muß. Bei den weniger schwerwiegenden

33) Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 114 Anm 11 a

34) Langen, § 70 Anm 23; Rittner, WuW 1969, S. 65 ff (73 Fußn. 39); a.A. George, Wesen und Geltungsreich ..., S. 22 ff; Müller/Giessler, § 70 Anm 19 ff; OLG Hamburg WuW/E OLG 781 ff (784) ("Fahrlehrer")

Gründen des Abs 4 sollte es hingegen auch bei Vorliegen der Eingriffsvoraussetzungen der kartellbehördlichen Entscheidung überlassen bleiben, ob ein Einschreiten angebracht ist. Hat die Kartellbehörde eingegriffen, hat sie den Vertrag für unwirksam erklärt, mißbräuchliches Verhalten untersagt, Belastungen auferlegt etc., so wird durch die Verfügung der Kartellbehörde hinreichend klar gestellt, daß ein Verhalten, das der Verfügung entgegensteht, die gesetzliche Mißbilligung erfährt. Das wird insbesondere auch dadurch deutlich, daß einige Bestimmungen, wie § 17 und § 18, der Kartellbehörde die Möglichkeit verleihen, die Anwendung neuer, gleichartiger Bindung zu verbieten. Ist einer Verfügung der Kartellbehörde zu entnehmen, daß sie den Schutz einzelner oder eines bestimmten Personenkreises bezweckt, so ist sie als Schutzverfügung iSd § 35 anzusehen.

2. Der Anspruch auf kartellbehördliches Tätigwerden zum Schutze einzelner

An die Erkenntnis, daß das Vorliegen der Voraussetzungen eines Eingriffstatbestandes keinen Anspruch iSd § 35 gewährt und daß die Kartellbehörde in den meisten Fällen ein Ermessen bei ihrem individualschützenden Tätigwerden besitzt, schließt sich sogleich die Frage an, ob ein einzelnes Unternehmen ein kartellbehördliches Verfahren einleiten und ob es den Erlaß einer ihm günstigen Verfügung durchsetzen kann.

a) Das Antragsrecht

Die Einleitung eines kartellbehördlichen Verfahrens ist in den Fällen problemlos, in denen das Gesetz selbst bereits ein formelles Antragsrecht gewährt. Bestimmungen dieser Art sind jedoch in der Minderzahl, soweit sie für individualschützende Verfügungen der Kartellbehörde in Frage kommen. § 17 Abs 1 gewährt dem preisgebundenen Abnehmer ein Antragsrecht und § 27 Abs 1 dem Unternehmen, dessen Aufnahme in eine Wirtschafts- oder Berufvereinigung abgelehnt wurde. Nun heißt es zwar in § 51 Abs 1, daß die Kartellbehörde ein Verfahren von Amts wegen oder auf Antrag einleitet. Man könnte also zunächst annehmen, daß gem. § 51 Abs 1 jedes interessierte Unternehmen ein Verfahren herbeiführen kann. Es entspricht jedoch der herrschenden Meinung¹⁾, daß § 51 Abs 1 kein allgemeines Antragsrecht gewährt, vielmehr ein Antragsrecht voraussetzt. Auch wenn ein Unternehmen ein Verfahren herbeiführen will

1) BGH WuW/E BGH 995 ("Taxiflug"); OLG Celle WuW/E OLG 1387 ff (1390) ("Bauleitplan"); Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 51 Anm 8; Junge im Gem. Komm. § 51 Anm 8; Frankf.Komm. § 51 Anm 33; Malzer, DB 1972, S. 1955; Müller/Giessler § 51 Anm 1; Rasch/Westrick § 51 Anm 4; a.A. Hertin, Die Beteiligten an Kartellverfahren, S.88 ff; Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, S. 86 ff

und sein entsprechendes Schreiben als "Antrag" bezeichnet, braucht es die Kartellbehörde, lediglich als Anregung auf Einleitung eines Verfahrens von Amts wegen aufzufassen, sofern die zugrundeliegende Norm nicht ausdrücklich ein Antragsrecht gewährt. Zur Ablehnung eines derartigen "Antrags" ist demnach auch keine formelle iSd § 62 I beschwerdefähige Verfügung gem. § 57 I erforderlich, sondern lediglich eine formlose Mitteilung.

b) Die Möglichkeit der Beschwerde

aa) Die Einleitung eines Verfahrens

Führt die Kartellbehörde kein Verfahren durch, so fragt es sich, ob sie eventuell gerichtlich dazu veranlaßt werden kann. Eine Anfechtungsbeschwerde iSd § 62 Abs 1 kommt nicht in Frage, da es an einer formellen Verfügung der Kartellbehörde fehlt und dem einzelnen Unternehmen darüberhinaus mit der bloßen Aufhebung des Bescheids nicht zu dem erstrebten Erfolg, Einleitung eines Verfahrens und positive Bescheidung, verholfen wäre. Es bietet sich jedoch die Untätigkeitsbeschwerde gem. § 62 Abs 3 an.

Die Untätigkeitsbeschwerde ist gem. § 62 Abs 3 S. 3 nur gegen die Unterlassung einer solchen beantragten Verfügung zulässig, auf deren Vornahme der Antragsteller ein Recht zu haben behauptet. Die Worte "beantragt" und "Antragsteller" haben hier eine andere Bedeutung als der formelle "Antrag" des § 51 Abs 1. Gemeint ist hier auch die "Anregung" im obigen Sinne. Sonst wäre die auf individualschützende Normen gestützte Untätigkeitsbeschwerde lediglich in den Fällen der §§ 17 und 27 gegeben, was nicht Sinn der Regelung sein kann.²⁾

2) im Ergebnis ebenso BGH 995 ("Taxiflug") und OLG Celle WuW/E OLG 1387 ff (1388) ("Bauleitplan"); K. Schmidt, WuW 1976, S. 631 ff (634) und neuerdings, Kartellverfahrensrecht ..., S. 495

Die Formulierung von § 62 Abs 3 entspricht im wesentlichen der Fassung des § 35 Abs 2 des süddeutschen Verwaltungsgerichtsgesetzes³⁾, der, wie jetzt § 42 Abs 2 VwGO⁴⁾ die Popularklage ausschließen sollte. Auch das in § 62 Abs 3 S. 1 aufgestellte Erfordernis, ein Recht auf die Vornahme der beantragten Verfügung zu behaupten, bezweckt den Ausschluß einer Beschwerde gegen Maßnahmen, die keinerlei Beziehung zum Beschwerdeführer aufweisen. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Untätigkeitsbeschwerde kann daher an die Rechtsprechung zu § 35 Abs 2 Verw GerG und § 42 Abs 2 VwGO angeknüpft werden⁵⁾. Sie ist demnach zulässig, wenn der Beschwerdeführer einen Sachverhalt substantiiert vorträgt, der einen Rechtsanspruch auf die beantragte Verfügung ergeben kann^{5a)}. Sie ist unzulässig, wenn offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise das vom Beschwerdeführer behauptete Recht bestehen oder ihm zustehen kann⁶⁾. Will das einzelne Unternehmen eine Verfügung herbeiführen, die individualschützenden Charakter zu seinen Gunsten beinhaltet und kann es sich dabei auf eine Vorschrift stützen, nach der individualschützende Verfügungen grundsätzlich möglich sind, so wird es in den meisten Fällen darlegen können, daß ein Recht auf die beantragte Verfügung zumindest nicht ausgeschlossen ist.

bb) Die Begründetheit

Eine zweite Frage ist dann allerdings, ob das Recht auf die beantragte Verfügung tatsächlich besteht, ob die

3) Amtl. Begründung zu § 49 des RegE zum GWB, BT-Drucks. II/1158, abgedruckt im Gem. Komm. 1. A., S. 1115

4) vgl. Amtl. Begr. zu § 41 des RegE zur VwGO, BT-Drucks. I/4278, S. 35

5) so die h.M. BGH WuW/E BGH 995 ("Taxiflug"); Junge im Gem. Komm. § 62 Anm 6; Müller/Giessler § 62 Anm 7; Hertin, Die Beteiligten ..., S. 215

5a) Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 62 Anm 11

6) BGH a.a.O.; Müller/Giessler a.a.O.

Beschwerde also begründet ist. Das kartellbehördliche Tätigwerden ist nach dem GWB durch das Opportunitätsprinzip beherrscht. Die meisten einschlägigen Vorschriften sprechen davon, daß die Kartellbehörde einschreiten kann. Nur in den Fällen der §§ 3 Abs 3, 11 Abs 5, 12 Abs 1 und 104 Abs 1 hat die Kartellbehörde einzuschreiten, falls die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen. Man wird also nur in diesen Fällen von einem Recht einzelner auf Tätigwerden der Kartellbehörde ausgehen können, sofern dieser einzelne lediglich die Voraussetzungen für das kartellbehördliche Tätigwerden nachweist⁷⁾.

In allen sonstigen Fällen hängt es vom Ermessen der Kartellbehörde ab, ob sie einschreiten will oder nicht. Doch auch hier ist ein Recht des einzelnen auf kartellbehördliches Tätigwerden auf Grund des im allgemeinen Verwaltungsrecht entwickelten "Anspruchs auf fehlerfreien Ermessensgebrauch" zumindest nicht ausgeschlossen.

Dieser Anspruch ist heute so gut wie allgemein anerkannt⁸⁾. Nicht ganz einig ist man sich lediglich über seine tatbestandlichen Voraussetzungen. Die herrschende Lehre will den Anspruch nur gewähren, wenn die rechtliche Regelung, die der Verwaltung ein Ermessen einräumt, zumindest auch im individuellen Interesse der Betrof-

7) ebenso KG WuW/E OLG 540 ff (543) ("Interessengemeinschaft"); KG WuW/E OLG 677 ff (682) ("Linoleum II")

8) BVerfGE 27, S. 297 ff (307 f); BVerwGE 11, S. 95 ff (97) und BVerwGE 39, S. 235;

Eyermann-Fröhler, VwGO, § 114 Anm 8 m.w.N.; Redecker/v. Oertzen, VwGO, § 42 Anm 94, ausführliche Darstellung bei Hoffmann-Becking, DVBl 1970, S. 850 ff m. zahlr. Nachw.; ablehnend noch Kohlmann, Das subjektiv öffentliche Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch, 1964, passim; Wertenbruch, in Besonderes Verwaltungsrecht (Hrsg. v. Münch), 2. A. 1970, S. 361

fenen erlassen ist ⁹⁾. Nach anderer Ansicht läßt sich ein allgemeiner Anspruch auf fehlerfreie Ermessensbetätigung hinsichtlich hoheitlicher Belastungen aus Art 2 Abs 1 GG, hinsichtlich hoheitlicher Begünstigungen aus Art 3 Abs 1 GG ableiten ¹⁰⁾. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte hat den Anspruch vielfach ohne speziellen Nachweis bejaht und aus der Tatsache der Ermessenseinräumung an die Behörde ohne weiteres auf ein subjektives Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens geschlossen ¹¹⁾. Das BVerwG ¹²⁾ und das BVerfG ¹³⁾ machen den Anspruch im Anschluß an die herrschende Lehre davon abhängig, ob der betreffende Rechtssatz nicht nur öffentlichen Interessen, sondern - zumindest auch - Individualinteressen zu dienen bestimmt ist.

Die Zivilgerichte gehen auf dem Gebiet des Kartellrechts zum Teil voraussetzungslos auf einen Anspruch auf fehler-

9) Bachof, VerfR I, 3. A., 1966, S. 65 f; Eyermann/Fröhler, a.a.O.; E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, 1954, S. 658 ff; Forsthof, Verwaltungsrecht, 9. A., 1966, S. 385 f; Naumann, DVBl 1952, S. 406; Hauelsen DVBl 1952, S. 524; Redecker/v. Oertzen, VwGO, § 114, Anm 7

10) grdl. Hoffmann-Becking, a.a.O., m. umfassenden Nachweisen auch zu anderen Konstruktionsversuchen; insbes. für das Kartellrecht, Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 71 ff

11) OVG Hamburg, DVBl 1951, 479; Verwaltungsrechtsprechung 9, S. 636; OVG Münster, DVBl 1955, S. 438; VGH Freiburg, Verwaltungsrechtsprechung 8, S. 223; VGH Kassel, DVBl 1968, S. 260; abw. aber VGH Stuttgart, DVBl 1952, S. 405

12) BVerwGE 28, S. 261; DÖV 1972, S. 644 ff

13) BVerfG DÖV 1970, S. 237 ff

freien Ermessensgebrauch ein ¹⁴⁾, zum Teil nähern sie sich in ihrer Argumentation der im Verwaltungsrecht herrschenden Ansicht ¹⁵⁾.

Auch für den Bereich des Kartellrechts ist die im Verwaltungsrecht herrschende Lehre als zutreffend anzuerkennen. ¹⁶⁾ Die Bejahung eines voraussetzungslosen Anspruchs auf fehlerlosen Gebrauch des Ermessens würde gerade im Kartellrecht, das die überwiegende Anzahl der Entscheidungen in das Ermessen der Kartellbehörde stellt, dazu führen, daß die Kartellbehörde bei jedweden "Antrag" auf Einschreiten, auch wenn der Antragsteller keinerlei geschützte Rechtspositionen geltend machen könnte, ihr Ermessen fehlerfrei gebrauchen müßte. Das könnte bei den oft aus wirtschaftlichen Gründen schwierigen und mit umfangreichen Nachforschungen verbundenen Entscheidungen der Kartellbehörde dazu führen, daß sie, weil überbelastet, zu einem ihr notwendig erscheinenden Tätigwerden nicht mehr käme und ihrer Aufgabe nicht mehr in zweckentsprechender Weise gerecht werden könnte. Die Herleitung des Anspruchs auf fehlerfreien Ermessensgebrauch bei begünstigenden Entscheidungen aus dem "Willkürverbot" des Art 3 Abs 1 GG ist sicherlich zutreffend, soweit es um die verfassungsrechtliche Grundentscheidung geht. Sie kann aber nur in beschränktem Maße nützlich sein, wenn es um die Frage geht, ob der Nichtgebrauch des Ermessens im konkreten Einzelfall "willkürlich" ist oder nicht, insbesondere dann, wenn noch keine vergleichbaren Fälle entschieden wurden. Hier erscheint es allein zweckmäßig, mit der herrschenden Ansicht ein Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch immer dann, aber auch nur dann zu gewähren, wenn die das Ermessen regelnde

14) OLG Stuttgart, WRP 1968, S. 147; OLG Celle WuW/E 1387 ("Bauleitplan")

15) BGH WuW/E BGH 995- ("Taxiflug"); OLG Düsseldorf WuW/E OLG 1171

16) Ähnlich Junge im Gem. Komm. § 62 Anm. 12

Vorschrift auch dem Interesse des Antragstellers zu dienen bestimmt ist.

Ein Recht auf die kartellbehördliche Verfügung bestünde dementsprechend dann, wenn ein fehlerfreier Ermessensgebrauch nur zu der Entscheidung führen kann, die beantragte Verfügung zu erlassen¹⁷⁾. Dieser Nachweis wird dem einzelnen Unternehmen jedoch nur in wenigen Fällen gelingen, da die Kartellbehörde ihrem Auftrag entsprechend bei der Entscheidung auch allgemeinerwirtschaftliche Gesichtspunkte berücksichtigen kann und soll. Hinzu kommt, daß die Kartellbehörde hinsichtlich der Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung einen durch § 70 Abs 4 S. 2 ausdrücklich zugebilligten Beurteilungsspielraum besitzt¹⁸⁾. Die aus dieser Würdigung in die kartellbehördliche Entscheidung einfließenden Gesichtspunkte können gerichtlich nicht nachgeprüft werden. Kann das einzelne Unternehmen unter denselben Voraussetzungen, die ein kartellbehördliches Eingreifen rechtfertigen würden, einen zivilrechtlichen Klageanspruch geltend machen, der auf die Abwehr eines rechtswidrigen Verhaltens eines Unternehmens gerichtet ist, bei-

17) weitergehend neuerdings K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht ..., S. 592 f; im Hinblick auf § 18 Liebs, Vertriebsverträge ..., S. 43; Clodius, Die Mißbrauchsbestimmungen ..., S. 60 ff; vgl. auch v. Köhler, NJW 1971, S. 1537 f; im Hinblick auf § 22 Lipps, WRP 1969, S. 368; vgl. auch Scholz, Wirtschaftsaufsicht ..., S. 185

18) umstritten ist, ob Gegenstand der Regelung das "Beurteilungsermessen" (so z.B. Sarninghausen, Der Mißbrauch ..., S. 117; Würdinger, WuW 1958, S. 392 ff (402 ff); wohl auch Steindorff, Zweckmäßigkeit ..., S. 31 ff, das "Handlungsermessen" (so z.B. Langen § 70 Anm. 23) oder beides (so z.B. Reuß II, § 70 GWB Anm. III; Zweigert, Das neue Kartellgesetz, S. 23; George, Wesen- und Geltungsbereich ..., S. 12 f; Junge im Gem.Komm. 3.A. § 70 Anm 15) ist

spielsweise gem. § 26 Abs 2 iVm § 35, so gebraucht die Kartellbehörde ihr Ermessen in der Regel nicht fehlerhaft, wenn sie die Einleitung eines Verfahrens unterläßt¹⁹⁾. Denkbar ist ein Anspruch auf kartellbehördliches Eingreifen jedoch dann, wenn durch positive Entscheidungen in gleichartigen Fällen eine "Ermessensschrumpfung" eingetreten ist, das heißt eine Selbstbindung der Behörde, die zur Folge hätte, daß die Behörde bei einer abweichenden Entscheidung ihr Ermessen fehlerhaft, weil willkürlich gebrauchen würde.

19) BGH WuW/E BGH 995 ff (998) ("Taxiflug"); zustimmend OLG Celle, WUW/E OLG 1387 ff (1391 ("Bauleitplan")); Rinck, Wirtschaftsrecht, Rdnr. 1052; vgl. auch KG WuW/E OLG 1637 (1638) ("Weichschaum"); Schwippert, Die Ermessensentscheidungen, S. 147; a.A. Scholz, Wirtschaftsaufsicht ..., S. 96 ff; Soell, Beiladung ..., S. 441 ff; Witthuhn, Die Ausgestaltung ..., S. 113; vgl. zum Nebeneinander von privatrechtlichem und öffentlichen Drittschutz neuerdings ausführlich K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht ..., S. 597 ff

3. Einzelne individualschützende Eingriffstatbestände

a) Die Nebenbestimmungen des § 11 GWB

aa) § 11 Abs 3 und 4 GWB

Unter den Voraussetzungen der §§ 4, 5 Abs 2 und 3, § 6 Abs 2, §§ 7 und 8 kann die Kartellbehörde oder, bei § 8, der Bundesminister für Wirtschaft die Erlaubnis zu einem Vertrag oder Beschluß der in § 1 bezeichneten Art erteilen. Diese Erlaubnis kann gemäß § 11 Abs 3 zugleich mit Auflagen Beschränkungen und Bedingungen verbunden werden. Gemäß § 11 Abs 4 ist neben der nachträglichen Belastung mit Nebenbestimmungen auch der Widerruf der Erlaubnis möglich. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Nebenbestimmungen sind die gebundenen Erlaubnistatbestände des § 5 Abs 2 und 3 und des § 6 Abs 2 und die freien Erlaubnistatbestände der §§ 4, 7 und 8 zu unterscheiden. In den Fällen des § 5 Abs 2 und 3 und des § 6 Abs 2 besteht ein Anspruch auf Erteilung der uneingeschränkten Erlaubnis, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Freistellungsvorschriften erfüllt sind. Da Nebenbestimmungen die Erlaubnis einschränken, sind sie in diesen Fällen demnach nur zulässig, wenn die Voraussetzungen nicht voll erfüllt sind und die Nebenbestimmungen dazu dienen, die Erfüllung sicherzustellen¹⁾. Bei den Erlaubniskartellen der §§ 4, 7 und 8 steht es im Ermessen der Kartellbehörde (bzw. des Wirtschaftsministers), ob sie die Erlaubnis überhaupt erteilt. Es liegt daher auch in ihrem Ermessen, ob sie die Erlaubnis mit Nebenbestimmungen versehen will.

1) ebenso Baumbach-Hefermehl, § 11 GWB Anm 4; Deringer im Gem.Komm. 2.A. § 5 Anm 144; Frankf.Komm § 11 Anm 31; KG WuW/E OLG 570 (573) ("Thomas-Phosphat III"); BKarta WuW/E BKarta 1047 (1048); a.A. Langen § 11 Anm 6

Man wird daher fordern müssen, daß die Nebenbestimmungen nicht über das Maß dessen hinausgehen, was zur Erreichung des mit dem Erlaubnisvorbehalt verfolgten Zwecks erforderlich ist²⁾.

aaa) Die Auflage

Die Auflage fordert von dem Kartell oder seinen Beteiligten ein bestimmtes Verhalten, ohne daß daran die Wirksamkeit der Erlaubnis geknüpft wäre³⁾. Da Auflagen vielgestaltiger Natur sein können⁴⁾, ist es nicht möglich, eine allgemeine Aussage über den individualschützenden Charakter von Auflagen iSd § 11 Abs 3 zu machen. Eine Auflage ist dann als Schutzverfügung anzusehen, wenn sie ein Verhaltensgebot ausspricht und damit den Schutz einzelner oder eines bestimmten Kreises von Marktbeteiligten bezweckt⁵⁾. Das kann z.B. der Fall sein, wenn die Kartellbehörde die Erlaubnis zu einem Kartellvertrag oder -beschluß erteilt und dabei zur Auflage macht, daß ein bestimmtes Unternehmen oder eine bestimmte Gruppe von Unternehmen nicht unter Zugrundelegung des Kartellpreises beliefert werden dürfe⁶⁾. Auf ihren Charakter als Schutzverfügung muß die Auflage iSd § 11 Abs 3 demnach im Einzelfall nach den obigen Kriterien untersucht werden.

bbb) Widerruf, Beschränkung und Bedingung

Von der Beschränkung einer Erlaubnis wird gesprochen, wenn einem Kartellantrag nicht in vollem Umfang stattgegeben wird, sondern er in gegenständlicher, örtlicher, zeitlicher oder sonstiger Hinsicht begrenzt wird⁷⁾.

2) ebenso Frankf.Komm. § 11 Anm 34; ähnlich-Langen-Niederleithinger-Schmidt § 11, Anm 29

3) Müller/Giessler § 11 Anm 8

4) vgl. die Aufzählung bei Müller/Giessler § 11 Anm 10

5) Benisch im Gem.Komm. 3.A. § 35 Anm 6; Frankf.Komm. § 35 Anm 26; Müller/Giessler § 35 Anm 10

6) Beispiel des Frankf.Komm. a.a.O.

7) Benisch im Gem.Komm. 2.A. § 11 Anm 5; kritisch zum Begriff "Beschränkung" Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 11 Anm 9

Die Kartellbehörde legt also den Bereich fest, und zwar enger als beantragt, in dem das kartellmäßige Tätigwerden des Kartells von der Erlaubnis gedeckt ist. Wird das Kartell bzw. ein beteiligtes Unternehmen außerhalb dieses Bereichs tätig, so wird dieses Tätigwerden nicht mehr von der Erlaubnis legitimiert und fällt damit unter das Verbot der §§ 1, 38 Abs 1 Nr 1. Unter einer Bedingung ist hier die aufschiebende oder auflösende Voraussetzung für die Wirksamkeit der Erlaubnis zu verstehen⁸⁾. Von der Bedingung hängt also ab, ob § 1 eingreift oder nicht. Ein Widerruf hat zur Folge, daß die Erlaubnis ihre Wirksamkeit verliert. Das weitere Tätigwerden des Kartells und der beteiligten Unternehmen ist also wieder an den §§ 1, 38 Abs 1 Nr 1 zu messen.

Die gemeinsame Wirkung von Beschränkung, Bedingung und Widerspruch ist demgemäß, daß die Erlaubnis iSd § 11 Abs 1, die eine Freistellung von § 1 erteilt, ganz oder teilweise eingeschränkt wird.

Diese Einschränkungen können aus Gründen erfolgen, die sich zu den Interessen einzelner neutral verhalten. Es ist aber auch möglich, daß die Einschränkungen den Schutz der Interessen einzelner bezwecken oder jedenfalls auch bezwecken, etwa dann, wenn die Einschränkung erfolgt, weil das Kartell Auflagen, die zugunsten einzelner Unternehmen bestanden, nicht erfüllt.

Die Einschränkung hat zwar an sich lediglich zur Folge, daß § 1 ganz oder teilweise eingreift. Der Grund für dieses Eingreifen ist aber bei der Einschränkung selbst zu suchen, so daß hinsichtlich des Individualschutzes nicht nur auf den Individualschutzcharakter von § 1 abgestellt werden kann. Der Zweck der Einschränkung ist vielmehr ein Indiz dafür, ob das durch die Einschränkung ganz oder

8) Müller/Giessler § 11 Anm 6

teilweise wirksam bleibende oder wirksam werdende Verbot des § 1 iVm § 38 Abs 1 Nr 1 einen einzelnen schützen soll oder nicht. Nur im ersten Fall sind nach einer Einschränkung iSd § 11 Abs 3 u. 4 Ansprüche eines einzelnen gem. § 35 iVm § 1 und § 38 Abs 1 Nr 1 denkbar.

bb) § 11 Abs 5 GWB

§ 11 Abs 5 weist die Kartellbehörde zwingend an, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen durch Widerruf der Erlaubnis, Anordnung von Beschränkungen, Bedingungen oder Auflagen tätig zu werden. Die Kartellbehörde ist also zum Handeln verpflichtet. Es stellt sich daher die Frage, ob § 11 Abs 5 auf Grund dieser Handlungspflicht nicht selber schon als Schutzgesetz iSd § 35 in Betracht kommt, und es für den Schutz des einzelnen iSd § 35 einer Schutzverfügung in Gestalt einer Auflage oder anderer Nebenbestimmungen nicht unbedingt bedarf.

aaa) § 11 Abs 5 Nr 1 und 3 GWB

Den von § 11 Abs 5 Nr 1 und 3 angeführten Voraussetzungen fehlt die Beziehung zu einem einzelnen Unternehmen.

§ 11 Abs 5 Nr 1 und 3 kommt daher als Schutzgesetz nicht in Betracht und auch nicht als Grundlage für Schutzverfügungen.

bbb) § 11 Abs 5 Nr 2 und 4 GWB

§ 11 Abs 5 könnte aber hinsichtlich der Nrn 2 und 4 als unmittelbares Schutzgesetz in Frage kommen. Ein Mißbrauch der Freistellung von § 1 oder eine Zuwiderhandlung gegen die Verbote des § 25 Abs 2 und 3 und des § 26 kann sich gegen die Handlungsfreiheit eines dritten Unternehmens richten.

Wird die Handlungsfreiheit eines dritten Unternehmens unter den Voraussetzungen des § 11 Abs 5 Nr 2 und 4 be-

einträchtigt, so ist die Kartellbehörde zum Handeln gezwungen. Sie muß^{8a)} die durch Mißbrauch der Freistellung oder Verstoß gegen § 25 Abs 2 und 3 oder § 26 herbeigeführte Lage durch Widerruf der Erlaubnis oder Anordnung von Beschränkungen, Bedingungen oder Auflagen beseitigen. Die Kartellbehörde muß damit zum Schutz dritter Unternehmen tätig werden. Hieraus ergibt sich, daß § 11 Abs 5 Nr 2 und 4 als Schutzvorschrift anzusehen ist.

Damit ist aber noch nicht festgestellt, daß § 11 Abs 5 Nr 2 und 4 ein Schutzgesetz iSd § 35 darstellt. Hierzu wäre erforderlich, daß die Vorschrift an den Adressaten ein Ge- oder Verbot erläßt. Der Mißbrauch der Freistellung von § 1 bzw. ein Verstoß gegen § 25 Abs 2 oder 3 oder § 26 müßte bereits eine Zuwiderhandlung gegen ein von § 11 Abs 5 aufgestelltes Ge- oder Verbot sein. Die Tatsache, daß § 25 Abs 2 und 3 und § 26 selbst Verbote enthalten, hat jedoch keinen unmittelbaren Einfluß auf die Ge- oder Verbotseigenschaften von § 11 Abs 5.

Ein Verstoß oder Mißbrauch iSd § 11 Abs 5 Nr 2 und 4 veranlaßt erst ein Eingreifen der Kartellbehörde, das sich dann, mit Wirkung für die Zukunft, als Ge- oder Verbot darstellen kann.

Im Rahmen des § 11 Abs 5 bleibt es dem Auswahlermessen der Kartellbehörde überlassen, welche Maßnahmen sie ergreift. Diese Regelungsbefugnis kann der Kartellbehörde nicht entzogen werden, was jedoch der Fall wäre, wenn Zivilgerichte ohne vorherige Verfügung der Kartellbehörde einen Verstoß gegen ein Ge- oder Verbot mit der Folge des Schadensersatzes konstatieren könnten⁹⁾. § 11 Abs 5 Nr 2 und 4 ist daher mangels eines Ge- oder Verbots nicht als Schutzgesetz iSd § 35 anzusehen, sondern als Schutzvorschrift eigener Art.

8a) zum Anspruch auf Tätigwerden vgl. Blomke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 111 ff

9) Spengler WuW 1960, S. 410 ff (418/419)

Die Verfügungen, welche die Kartellbehörde nach § 11 Abs 5 erlassen kann, sind im Hinblick auf den Individualschutz ebenso zu bewerten, wie die Verfügungen des § 11 Abs 4. Die dort gefundenen Kriterien sind daher auch hier maßgeblich.

b) Die Unwirksamkeitsverfügung des § 17 Abs 1 GWB

§ 17 gibt der Kartellbehörde die Möglichkeit, unter den bestimmten Voraussetzungen eine Preisbindung für unwirksam zu erklären und eine neue gleichartige Preisbindung zu verbieten.

aa) Der Schutz der Gebundenen

Wird die Kartellbehörde iSd § 17 Abs 1 tätig, so kann sie nicht den einzelnen Bindungsvertrag zwischen dem Unternehmen, das den Preis bindet und dem einzelnen gebundenen Unternehmen für unwirksam erklären, sondern grundsätzlich nur das gesamte Preisbindungssystem.^{9a)} Daraus zieht der **F r a n k f u r t e r K o m m e n t a r** den Schluß, daß eine auf Grund des § 17 Abs 1 erlassene Verfügung niemals den Schutz einzelner Interessen bezwecken könne¹⁰⁾. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Eine Unwirksamkeitsverfügung kann erfolgen, weil das bindende Unternehmen die Preisbindung zum Nachteil der Gebundenen mißbräuchlich handhabt. In dieser Situation führen die Interessen der einzelnen gebundenen Unternehmen in ihrer Kollektivität zu der Unwirksamkeitserklärung der Kartellbehörde. Die Verfügung bezweckt dann, die Interessen aller Gebundenen als eines bestimmbaren Kreises von einzelnen, der von der Allgemeinheit abgrenzbar ist, zu schützen. Die Überlegung zeigt, daß Verfügungen iSd § 17 Abs 1 für die gebundenen Unternehmen individualschützenden Charakter haben können.

9a) Frankf.Komm. § 17 Anm. 64; Langen-Neiderleithinger-Schmidt § 11 Anm 44

10) Frankf.Komm. § 35 Anm 33

Unwirksamkeitserklärungen iSd § 17 Abs 1 sind jedoch nicht generell individualschützend. Es muß vielmehr von Fall zu Fall untersucht werden, ob die in Frage stehende Verfügung den Schutz einzelner Unternehmen bezweckt¹¹⁾.

bb) Der Schutz der Mitbewerber

Eine Unwirksamkeitsverfügung iSd § 17 Abs 1 muß nicht in jedem Falle den Schutz der Mitbewerber bezwecken. Anders als bei dem generellen Verbot der §§ 15, 38 Abs 1 Nr 1, kann die Verfügung iSd § 17 Abs 1 aus Erwägungen erfolgen, die sich zu den Interessen der Mitbewerber neutral verhalten, etwa wenn die mißbräuchliche Handhabung der Preisbindung zu Lasten der Gebundenen beseitigt werden soll. Individualschutz für die Mitbewerber der bindenden Unternehmen ist aus den bei § 15 aufgezeigten Gründen¹²⁾ zwar möglich, die jeweilige Verfügung muß aber daraufhin untersucht werden, ob sie den Schutz der Mitbewerber bezweckt. Die Konkurrenten der gebundenen Unternehmen werden nicht geschützt¹²⁾.

cc) Kein Schutz für Abnehmer der Gebundenen

Die Abnehmer der Gebundenen sind bei Unwirksamkeitserklärungen iSd § 17 Abs 1 aus den gleichen Gründen nicht vom Individualschutz umfaßt, wie dies bei dem Bindungsverbot der §§ 15, 38 Abs 1 Nr 1 der Fall ist¹³⁾.

11) ebenso Müller/Giessler § 35 Anm 14; einschränkend
Benisch im Gem.Komm. 3.A. § 35 Anm 6

12) vgl oben S.41 f

13) vgl oben S.40 f

c) Die Unwirksamkeitsverfügung des § 18

Nach § 18¹⁴⁾ hat die Kartellbehörde die Möglichkeit, Verträge zwischen Unternehmen für unwirksam zu erklären, soweit sie Verwendungsbeschränkungen (Nr. 1), Ausschließlichkeitsbindungen (Nr. 2), Vertriebsbindungen (Nr. 3) oder Koppelungsvereinbarungen (Nr. 4) enthalten. Weitere Voraussetzung für das Eingreifen der Kartellbehörde ist, daß durch diese Beschränkungen eine wettbewerbserhebliche Zahl von Unternehmen gleichartig gebunden und in ihrer Wettbewerbsfreiheit unbillig eingeschränkt ist (Buchst. a) oder daß für andere Unternehmen der Marktzutritt unbillig beschränkt wird (Buchst. b) oder daß eine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung eintritt (Buchst. c). Ergeht die Verfügung unter den Voraussetzungen des Buchst. a), so bezweckt sie den Schutz der gebundenen Vertragspartner vor unbilligen Einschränkungen ihrer Wettbewerbsfreiheit und beinhaltet damit Individualschutz^{14a)}.

Auch wenn die Verfügung nach Buchst. b) ergeht, bezweckt sie den Schutz einzelner, nämlich dritter Unternehmen^{14b)}, denen der Zugang zum Markt beschränkt wird.

14) vgl. ausführlich zu § 18 unten S.108 ff

14a) Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 18 Anm. 11 u. 109; neuerdings auch K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht ..., S. 586 ff

14b) Koenigs, Einige Probleme des § 18 GWB, Wettbewerb als Aufgabe, 1968, S. 326; Knöpfle, Zur Zulässigkeit der "Bündelung" ..., Festschrift für Bartholoemeyczik, S. 207; Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 18 Anm. 123; Schwartz im Gem.Komm. § 18 Anm. 61; a.A. Lutz, BB 1965, S. 1337

Im Falle des Buchst. c) ergeht die Unwirksamkeitsverfügung zum Schutz des Wettbewerbs vor wesentlichen Beeinträchtigungen, sie bezweckt also den Schutz des Wettbewerbs als Institution^{14c)}.

Individualschutz und Institutionsschutz können aber auch kumulativ in Erscheinung treten: Bei Vorliegen der Voraussetzungen der Buchst. a) und b) wird in vielen Fällen auch eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegeben sein^{14d)}.

Um Individualschutz festzustellen, ist die Verfügung der Kartellbehörde im Einzelfall daraufhin zu untersuchen, ob sie den Schutz gebundener Unternehmen vor unbilligen Einschränkungen ihrer Wettbewerbsfreiheit oder dritter Unternehmen vor Marktzutrittsbeschränkungen bezweckt. Nur bei Vorliegen dieser Zielrichtung hat die Verfügung individual-schützenden Charakter.

14c) Benisch, DB 1965, S. 1039; Koenigs, a.a.O., S. 323; Knöpfle, a.a.O., S. 210; Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 18 Anm 11 u. 150; Schwartz im Gem.Komm. § 18 Anm 66

14d) für § 18 Buchst b ebenso Knöpfle, a.a.O., S. 207; Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 18 Anm. 123

d) Die Untersagung des § 22 Abs 4 und 5 GWB

Nutzen marktbeherrschende Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung mißbräuchlich aus, so kann ihnen die Kartellbehörde nach § 22 Abs 4 und 5 ein mißbräuchliches Verhalten untersagen und Verträge für unwirksam erklären. Fraglich ist, ob eine derartige Verfügung individualschützenden Charakter haben kann. § 22 Abs 4 und 5 hat zunächst die Aufgabe, durch Verhinderung mißbräuchlichen Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen den Wettbewerb und damit die Allgemeinheit zu schützen. Darüberhinaus soll die Bestimmung aber verhüten, daß Angehörige der vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufen mißbräuchlich in ihrer wirtschaftlichen Handlungsfreiheit beschränkt werden. Zugleich richtet sie sich dagegen, daß Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe mißbräuchlich im Wettbewerb behindert werden oder daß ihnen der Zutritt zum Markt versperrt wird¹⁵⁾. Gemäß § 22 Abs 4 und 5 kann die Kartellbehörde einzelne Verträge für unwirksam erklären. Diese Möglichkeit zeigt, daß die Kartellbehörde durch § 22 Abs 4 und 5 befähigt wird, gezielte Einzeleingriffe vorzunehmen. Das gilt auch für Untersagungsverfügungen. Die Untersagungsverfügung kann daher eine individualschützende Verfügung iSd § 35 darstellen¹⁶⁾, wenn sie den Schutz einzelner Unter-

15) BKartA WuW/E BKartA 1189 ff (1193) ("Handpreisauszeichnungsgerät"); KG WuW/E OLG 995 ff (999) ("Handpreisauszeichner"); Bericht der Bundesregierung über Änderungen des GWB, BT-Drucksache IV/617, S. 70

16) Benisch im Gem.Komm. 3.A. § 35 Anm 6; Müller/Giessler § 35 Anm 16; Frankf.Komm. § 35 Anm 37; a.A. Goll, GRUR 1976, S. 486 ff (492) u. WuW 1976, S. 291 ff

nehmen bezweckt. Zu denken ist dabei an eine Verrüfung der Kartelloenörde, durch die sie die Verweigerung des Vertragsabschlusses als mißbräuchlich untersagt¹⁷⁾. Als geschützt wäre das den Geschäftskontakt suchende Unternehmen anzusehen. Durch das Verbot, bei dem Vertrieb von Geräten Koppelungsvereinbarungen abzuschließen¹⁸⁾, werden die Anbieter der "gekoppelten" Produkte geschützt.

Als iSd § 35 geschützte einzelne kommen bei der Unwirksamkeitserklärung auch die Vertragspartner der marktbeherrschenden Unternehmen in Frage.¹⁹⁾ Der Vertrag ist in diesem Fall unter Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung zustande gekommen, sonst wäre ein Eingreifen der Kartellbehörde nicht gerechtfertigt. Da der Vertrag unter faktischem Zwang geschlossen wurde, ist der Vertragspartner schutzwürdig und sein Schutz auf Grund der Zielsetzung von § 22 Abs 4 und 5 auch bezweckt.

e) Weitere Bestimmungen, die zu individualschützenden Verfügungen ermächtigen

Neben den dargestellten Bestimmungen ermöglichen die § 2 Abs 3, § 3 Abs 3 u. 4, § 12 Abs 2, § 14 Abs 2, § 19 Abs 2, §§ 27, 37 a, 38 Abs 3, § 38 a Abs 3 und § 104 Abs 2 individualschützende Verfügungen der Kartellbehörde. Auf eine eingehendere Darstellung wird jedoch verzichtet.

17) Müller/Giessler § 22 Anm 51

18) BKartA, a.a.O. (15); KG, a.a.O. (15)

19) Ähnlich Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 92 ff, der einen Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde zubilligt

IV. Sonstiger spezifischer Individualschutz

Die letzte Gruppe beinhaltet Bestimmungen, die zwar Individualschutz bezwecken oder zu individualschützenden Verfügungen ermächtigen, die aber nicht zu Ansprüchen nach § 35 führen können. Normen, aus denen Ansprüche gemäß § 35 resultieren können, haben als typisches gemeinsames Merkmal, daß sie selbst ein individualschützendes Verhaltensgebot aufstellen oder zum Erlaß eines solchen ermächtigen. Dieser Sollenscharakter kann sich aus den Vorschriften der letzten Gruppe nicht ergeben. Darin unterscheiden sie sich von den anderen Schutzvorschriften.

Im Gegensatz zu den Regelungen, die lediglich zu Rechtsreflexen führen, ist bei den Vorschriften dieser Gruppe erforderlich, daß sie zielgerichtet Schutz gewähren. Die Interessen des einzelnen müssen erkennbar Eingang in die Regelung gefunden haben, so daß sich eine feststellbare und verwertbare Verbesserung seiner Rechtsstellung ergibt.

Soll eine Vorschrift eine individualschützende Verfügung ermöglichen, so muß die Kartellbehörde bei ihrer Entscheidung die Interessen des einzelnen zielgerichtet berücksichtigen können. Der einzelne hat die Möglichkeit auf die Entscheidung der Kartellbehörde Einfluß zu nehmen. Es ist also bei entsprechender Fallgestaltung eine Ermessensschrumpfung dergestalt denkbar, daß ohne Ermessensfehlgebrauch nur noch der Erlaß der Schutzverfügung zulässig ist¹⁾. Andererseits ist der geschützte einzelne in der Lage, eine Entscheidung der Kartellbehörde erfolgreich zu bekämpfen, wenn die Kartellbehörde bei einer Entscheidung Interessen des einzelnen hätte berücksichtigen müssen, es aber nicht in ausreichendem Maße getan hat.

1) vgl. zum Anspruch auf kartellbehördliches Handeln oben, S. 57 ff.

1. Die Kündigungsmöglichkeit des § 13 GWB

§ 13 gibt den Beteiligten an Verträgen und Beschlüssen iSd §§ 2 bis 8 eine Möglichkeit, sich aus der kartellmäßigen Bindung zu lösen. § 13 formuliert einen allgemeinen Rechtsgedanken - die fristlose Kündigungsmöglichkeit von Dauerschuldverhältnissen bei Vorliegen eines wichtigen Grundes²⁾ - für die Verhältnisse des Kartellrechts^{2a)}. Der individualschützende Aspekt der Vorschrift wird vor allem von der Erläuterung des Begriffs "wichtiger Grund" deutlich gemacht. Nach § 13 Abs 1 S.2 liegt ein wichtiger Grund insbesondere vor, wenn die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Kündigenden eingeschränkt oder er durch eine nicht gerechtfertigte Behandlung im Verhältnis zu den übrigen Beteiligten beeinträchtigt wird.

Über das Vorliegen eines wichtigen Grundes entscheidet nicht die Kartellbehörde, sondern ein ordentliches Gericht.

2. Die Anordnung des § 19 Abs 2 GWB

§ 19 Abs 1 besagt, daß sich bei einem Tätigwerden der Kartellbehörde gemäß § 17 oder § 18 die Gültigkeit der übrigen vertraglichen Bestandteile nach den allgemeinen Vorschriften bestimmt. Das heißt insbesondere, daß § 139 BGB Anwendung findet. § 19 Abs 2 bringt von dem in Abs 1 bestimmten Grundsatz insofern eine Ausnahme, als die Kartellbehörde anordnen kann, daß ihre Unwirksamkeitserklärung die Gültigkeit der übrigen vertraglichen Bestandteile nicht berührt.

2) vgl. Staudinger-Weber, Komm., 11.A., § 242 BGB Anm A 725

2a) kritisch zur praktischen Bedeutung Dörinkel im Gem.Komm.

§ 13 Anm 3 u. Fischer, Die Kündigung nach § 13 ...,
S. 106 ff

a) Schutz für Vertragsbeteiligte

Wirkt sich die Unwirksamkeitserklärung der Preisbindung oder der Beschränkung iSd § 18 nach den allgemeinen Vorschriften auf den gesamten damit verbundenen Vertrag aus, so kann die Unwirksamkeit für den Gebundenen, aber auch für den Binder erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten mit sich bringen. Um diesen, mit der Unwirksamkeitserklärung nicht beabsichtigten Erfolg zu verhindern, kann die Kartellbehörde anordnen, daß die übrigen Vertragsbestandteile gültig bleiben, wenn andernfalls eine unbillige Härte für einen Vertragsbeteiligten entstehen würde. Anlaß für ein Handeln der Kartellbehörde ist der drohende wirtschaftliche Nachteil für einen Vertragsbeteiligten. Die Kartellbehörde wird damit zum Schutz eines Vertragsbeteiligten tätig.

Die Kartellbehörde berücksichtigt bei ihrem Tätigwerden gemäß § 19 Abs 2 die Interessen aller Vertragspartner. Sie darf die Gültigkeitsanordnung nur erlassen, wenn nicht überwiegende Belange eines Vertragsbeteiligten entgegen stehen. Sie muß die Interessen aller Vertragspartner daher gegeneinander abwägen.

Die Vertragspartner sind gemäß § 51 Abs 2 Nr 3 am Verfahren beteiligt und damit nach § 62 Abs 2 beschwerdeberechtigt.

b) Kein Schutz für Dritte

Durch die Gültigkeitsanordnung iSd § 19 Abs 2, als auch durch ihr Unterbleiben, können Nachteile für dritte Unternehmen entstehen. Gemäß § 19 Abs 2 kann die Kartellbehörde aber nur auf die Interessen der Vertragsbeteiligten abstellen, da nach § 19 Abs 2 S.2 die Anordnung nur zulässig ist, soweit sie zur Vermeidung einer unbilligen Härte für einen Vertragsbeteiligten erforderlich ist und nicht überwiegende Belange anderer Vertragsbeteiligter entgegen stehen. Die

Interessen dritter Unternehmen müssen daher außer Betracht bleiben.

3. Das Erlaubnisverfordernis des § 19 Abs 3 GWB

Verschiedentlich werden die bindenden oder beschränkenden Unternehmen für den Fall des Eingreifens der Kartellbehörde Vorsorge getroffen haben und ein Recht zum Rücktritt oder zur Kündigung oder zur Änderung des Vertragsinhalts zum Nachteil des Vertragspartners, insbesondere zur Erhöhung der Gegenleistung, vereinbart haben. Für derartige Fälle bestimmt § 19 Abs 3 S. 1, daß die Rechte aus diesen Vereinbarungen nur mit Erlaubnis der Kartellbehörde geltend gemacht werden können. Die Erlaubnis wird versagt, wenn die Ausübung dieser Rechte die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Vertragspartners unbillig einschränken würde. § 19 Abs 3 S.1 stellt also eine Schutzvorschrift zugunsten eines Vertragsbeteiligten gegen die Geltendmachung von nachteiligen vorsorglichen Vereinbarungen dar. Dabei ist gemäß § 19 Abs 3 S.2 die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Vertragsbeteiligten alleiniges Schutzgut. Andere Nachteile, z.B. eine bloß finanzielle Mehrbelastung, bleiben bei der Beurteilung außer Betracht³⁾, sofern von ihnen nicht ein faktischer, die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit einengender Zwang ausgeht.

Wie sich aus § 19 Abs 3 S.2 ergibt, ist alleiniger Maßstab für die Erlaubniserteilung die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des anderen Vertragspartners. Die Kartellbehörde kann bei ihrer Entscheidung die Interessen dritter, nicht am Vertrag beteiligter Unternehmen nicht berücksichtigen. Den Schutz dritter Unternehmen umfaßt § 19 Abs 3 somit nicht.

3) Frankf.Komm. § 19 Anm 72

Wird die Erlaubnis nicht erteilt, so knüpfen sich hieran für die berechtigten Unternehmen keine Verhaltenspflichten. Es ist ihnen nicht verwehrt, die vorsorglich vereinbarten Rechte geltend zu machen. Ihre gerichtliche Durchsetzbarkeit ist aber ausgeschlossen. Die Gerichte müssen die fehlende Durchsetzbarkeit von Amts wegen berücksichtigen⁴⁾.

Wie bei § 19 Abs 2 sind die Vertragsteile gemäß § 51 Abs 2 Nr 3 am Verfahren beteiligt und gemäß § 62 Abs 2 beschwerdeberechtigt.

4) Frankf.Komm. § 19 Anm 67

C. Zusammenfassung

Individualschutz ist als gezielter und bezweckter Schutz eines einzelnen oder eines bestimmten Personenkreises aufzufassen. In der gezielten und bezweckten Schutzwirkung zugunsten dieser individualisierbaren Personen unterscheidet er sich vom Rechtsreflex, der sich in Gestalt positiver, aber unbezweckter Auswirkungen für den einzelnen beim Schutz anderer Unternehmen oder des Wettbewerbs ergeben kann.

Herausragende Folge vieler Individualschutz gewährender Vorschriften und Verfügungen ist: mit ihrer Hilfe kann der geschützte einzelne Schadensersatzansprüche gemäß § 35 erlangen. Notwendige Voraussetzung eines Anspruchs nach § 35 ist ein Verstoß gegen ein von einer individualschützenden Vorschrift oder Verfügung aufgestelltes Verhaltensgebot.

Die Frage, ob auch der Vertragspartner, sofern er als geschützt anzusehen ist, Schadensersatzansprüche gegen den anderen Vertragsteil haben kann, stellt sich als Problem der unzulässigen Rechtsausübung dar. Das auf den Grundsätzen von Treu und Glauben basierende Prinzip kann dazu führen, daß der Vertragspartner in der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gehindert ist.

Bei Verletzung seines, durch Vorschriften des GWB geschützten Bereichs stehen dem Betroffenen in entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens aus §§ 12, 862, 1004 BGB und ähnlicher Bestimmungen, auch ohne Verschulden des anderen, Abwehransprüche zu. Die Abwehransprüche bestehen auch bei Verstoß gegen Schutzverfügungen. Sie verwirklichen sich in Form von Unterlassungs- und von Beseitigungsansprüchen.

§ 35 Abs 2 verleiht auch Verbänden zur Förderung gewerb-

licher Interessen den Unterlassungsanspruch. Sie werden dabei vorwiegend im Interesse des geschützten einzelnen tätig. Dabei steht ihnen über den in § 35 Abs 2 erwähnten Unterlassungsanspruch hinaus auch der Beseitigungsanspruch zu. Die Verbandsklage ist bei der Verletzung reiner Individualinteressen zulässig, nicht aber, wenn lediglich Interessen der Allgemeinheit tangiert sind.

Die individualschützenden Vorschriften sind im Hinblick auf die Schadensersatz gewährende Regelung des § 35 in drei Hauptgruppen einzuteilen: Vorschriften, die unmittelbar zu Schutz iSd § 35 führen können, Vorschriften, bei denen der Schutz iSd § 35 von einer Verfügung der Kartellbehörde abhängt und Vorschriften, die sonstigen spezifischen Individualschutz gewähren.

Zur ersten Gruppe zählen zwei der tragenden Bestimmungen des GWB: Das Kartellverbot des § 1, mit Individualschutz für Anbieter, Abnehmer und Kartellaußenseiter, und das Freisbindungsverbot des § 15, das Vertragspartner und Mitbewerber des bindenden Vertragsteils schützt.

Bei den Vorschriften der zweiten Gruppe ist die Verfügung der Kartellbehörde auslösendes Moment des Individualschutzes. Die Verfügungen können aber unterschiedlicher Art sein. Es sind zu nennen: Widerruf der Erlaubnis, Anordnung einer Auflage, Widerspruch, Beschränkung, Bedingung, Untersagung. Hervorzuheben sind die Unwirksamkeitserklärung von Verträgen und das Verbot gleichartige Verträge abzuschließen (§§ 17, 18, 22).

Die Eingriffstatbestände dieser Gruppe können nicht mit den Verbotstatbeständen der ersten Gruppe gleichgesetzt werden, d.h. auch bei Vorliegen der Eingriffsvoraussetzungen ist ein Anspruch nach § 35 von einer vorherigen Verfügung der Kartellbehörde abhängig. Die Kartellbehörde kann zum Erlaß einer Eingriffsverfügung nur gezwungen werden, wenn jedes sonstige Verhalten einen Ermessensfehlergebrauch darstellen würde.

Individuenschutz ist im GWB aber nicht nur in Gestalt von Schadensersatz- und Abwehransprüchen verwirklicht. Die Interessen einzelner werden auch zielgerichtet berücksichtigt durch die Gewährung von Kündigungsrechten, durch Erlaubnisvorbehalte und die Möglichkeit, trotz Unwirksamkeitserklärung die Gültigkeit einzelner Vertragsteile anzuordnen. Individuenschutz in diesem Sinne enthalten die Vorschriften der dritten Gruppe.

Zweiter Teil

Mit der bisherigen Darstellung der Erscheinungsformen und Wirkungsweisen des Individualschutzes im gesamten GWB wurde versucht, den Boden für die Betrachtung einer Vorschrift zu bereiten, die seit der Geltung des GWB im Hinblick auf den Individualschutz ein recht unstetes Dasein geführt hat. Bei jeder Novellierung des Gesetzes wurde § 18 ebenfalls einer Änderung unterzogen, die das Eingreifen der Kartellbehörde gerade auch zum Schutz einzelner von jeweils modifizierten Voraussetzungen abhängig machte.

Die Situation der gebundenen Vertragsbe teiligten bei Verträgen iSd § 18, die Erörterung des Problemfeldes eines wie auch immer gearteten gesetzlichen Schutzes ihrer wettbewerblichen Freiheit, nicht nur beschränkt auf das GWB, bilden den Kernpunkt der folgenden Untersuchungen. Sie beginnen mit einer Betrachtung der Entwicklung der gesetzlichen Regelung wettbewerbsbeschränkender Verträge iSd § 18, wobei der Individualschutz besondere Berücksichtigung erfahren soll.

A. Die Entwicklung der gesetzlichen Regelung wettbewerbsbeschränkender Verträge iSd § 18 GWB unter besonderer Berücksichtigung des Individualschutzes

I. Die Kartellverordnung von 1923

Die Kartellverordnung vom 2. November 1923 (KVO) ¹⁾ richtete ihr Augenmerk in erster Linie auf das Kartellproblem. Die Kartelle waren im Zuge der Geldentwertung durch ihre Erzeugungs- und Preispolitik in das Schußfeld massiver Kritik geraten. Den Organisationen der Produzenten war vorgeworfen worden, daß sich bei ihnen vielfach schwerste Mißstände entwickelt hätten. So war es die Bestimmung der KVO, ungesunde Hemmungen des freien Wettbewerbs zu beseitigen ²⁾. Die Reichsregierung war der Meinung gewesen, daß bei der kritischen Zuspitzung der Konjunktur ein allgemeines Interesse daran bestanden habe, durch Wiederherstellung wirklicher Marktfreiheit eine künstliche Einschränkung der Erzeugung, übermäßige Risikozuschläge und Preisstellungen, die durch die tatsächlichen Produktionskosten nicht begründet waren, nachdrücklich zu bekämpfen und die Kreise der Produktion und des Handels wieder zu dem vielfach verlorengegangenen Verantwortungsbewußtsein gegenüber dem Gemeinwohl zurückzuzwingen. Die KVO sollte eine Handhabe sein, um schädliche Auswüchse des Kartellwesens mit aller Schärfe zu bekämpfen ³⁾.

1) Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung, vom 2. November 1923, RGBl. Teil I, S. 1067

2) Amtliche Mitteilung an die Presse bei Bekanntgabe des Gesetzes, abgedruckt bei Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 624

3) Amtliche Pressemitteilung. a.a.O., S. 624/625

Bei dieser Ausrichtung auf die Auswuchse des Kartellwesens ist es nicht verwunderlich, daß sich die KVO nicht ausdrücklich mit vertraglichen Bindungen befaßte, wie sie in § 18 GWB geregelt sind.

1. § 1 KVO

§ 1 KVO verlangte die Schriftform für bestimmte Vertrags- und Beschlußarten mit wettbewerbsbeschränkendem Charakter. Auf § 1 KVO bezogen sich mehrere andere Vorschriften der KVO. Unter § 1 KVO fielen zwar formell betrachtet auch reine Kauf- und Lieferungsverträge⁴⁾, doch waren sich Rechtsprechung⁵⁾ und Literatur⁶⁾ darin einig, daß ein wesentliches Merkmal des Vertrages oder Beschlusses iSd § 1 KVO der Gesellschaftscharakter des Zusammenschlusses sei, d.h. es mußte die Erreichung eines den Parteien gemeinschaftlichen Zweckes durch kollektives Zusammenwirken erstrebt werden. Dabei kam es jedoch nicht darauf an, daß es sich um die Errichtung einer juristischen Person oder um einen sonstigen körperschaftsrechtlichen Gesamtakt handelte; als Grundlage reichte auch ein schuldrechtlicher Vertrag aus⁷⁾. Daher fielen unter die Begriffsbestimmung des § 1 KVO auch sogenannte "Exklusivverträge", d.h. Gegenseitigkeitsverträge, die zum ausschließlichen Geschäftsverkehr zwischen den Vertragsparteien oder den Mitgliedern der vertragschließenden Verbände verpflichteten⁸⁾.

4) Lehnich/Fischer, Das Kartellgesetz, S.86

5) Klinger, Die Rechtsprechung des Kartellgerichts, Bd.I, S.3; RGZ 114, S.262 (264); RGZ 133, S.330 (333)

6) Eger, Das Recht der deutschen Kartelle, S.61; Isay/Tschierschky, Kartellverordnung, S.127; Lehnich/Fischer, a.a.O., S.87; Müllensiefen/Dörinkel, Kartellrecht, Kap. V S.12

7) Isay/Tschierschky, a.a.O.

8) Kart.G.Entsch.Nr. 78, in Klinger, a.a.O., S.3

Daneben mußte nach Ansicht des KartG⁹⁾ durch den Vertrag oder Beschluß die Möglichkeit eröffnet werden, den Markt in bestimmter Weise wesentlich zu beeinflussen. Das RG hielt es sogar für erforderlich, daß die Abmachungen in der Absicht und zu dem Zweck der Marktbeeinflussung getroffen worden waren¹⁰⁾.

Betrachtet man die in § 18 GWB normierten Vertragstypen im Lichte des § 1 KVO in seiner durch Literatur und Rechtsprechung entwickelten Auslegung, so stellt man fest, daß diese Vertragstypen zum größeren Teil nicht von § 1 KVO erfaßt worden wären. Verwendungsbeschränkungen, Vertriebsbindungen und Koppelungsvereinbarungen sind ihrer Natur nach nicht geeignet, die Grundlage von Verträgen abzugeben, die Gesellschaftscharakter tragen. Allein Ausschließlichkeitsbindungen konnten den Gegenstand von Abmachungen iSd § 1 KVO bilden, sofern sie wechselseitig zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen ("Exklusivverträge", s.o.) und zur wesentlichen Marktbeeinflussung geeignet oder bestimmt waren.

2. § 8 KVO

Die Verträge und Beschlüsse der in § 1 KVO bezeichneten Art konnte jeder Beteiligte nach § 8 KVO fristlos kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorlag. Dieses Kündigungsrecht war als wirksames Mittel gegen die Überspannung des inneren Organisationszwanges gedacht. Es war unabhängig davon gegeben, ob die Kartellmaßnahmen die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl gefährdeten und es war daher in erster Linie vom privatrechtlichen und privatwirtschaftlichen Standpunkt aus zu beurteilen¹¹⁾.

9) Kart.G.Entsch.Nr. 88, in Klinger, a.a.O., S.3

10) RG, JW 1934, S.2403

11) Lehnich/Fischer, a.a.O.(4), S.126; Eger, a.a.O.(4), S.104

Als wichtiger Grund war es nach § 8 Abs 2 KVO immer anzusehen, wenn die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Kündigenden, insbesondere bei der Erzeugung, dem Absatz oder der Preisgestaltung, unbillig eingeschränkt wurde. § 8 KVO war demnach geeignet, Schutzwirkungen für das einzelne Mitglied einer Abmachung iSd §1 KVO zu zeitigen; einmal dadurch, daß es die Kartelle etc. vermieden, allzu hart gegen das einzelne Mitglied vorzugehen, weil sie mit seiner Kündigung rechnen mußten und eben dadurch, daß sich das Mitglied zu starkem Druck durch Kündigung entziehen konnte.

Das KartG war in seiner Rechtsprechung eher kartellfreundlich¹²⁾. Es bekannte sich zu dem Grundsatz "pacta sunt servanda" und war der Ansicht, daß bei dem Begriff des wichtigen Grundes Nachdruck auf die Unbilligkeit der Einschränkung zu legen sei. Nur ausnahmsweise sollte die vorzeitige Lösung des Vertrages erlaubt sein, nämlich dann, wenn dem Mitglied das weitere Festhalten an der Bindung billigerweise nicht zugemutet werden konnte. Danach stellte die Kündigung nur den letzten und äußersten Rechtsbehelf dar. Sie war nur als zulässig betrachtet worden, wenn das Fortbestehen der Bindung das wirtschaftliche Fortkommen des einen Vertragsteils gefährdete, wenn ihm also Existenzvernichtung drohte und diese Gefahr nicht auf andere Weise, etwa durch Verhandlungen mit dem Vertragsgegner, abgewendet werden konnte. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit waren die gesamten Umstände zu berücksichtigen, also auch die billigen Belange des anderen Vertragsteils.

3. § 9 KVO

Die Kartellverordnung führte mit § 9 KVO für die gebräuchlichsten Mittel des Organisationszwanges, die Verhängung

12) Entsch.u.Gut.Nr. 15; 53; 83; 107; 137; 151; 186

von Sperren oder ähnlicher Nachteile und die Verwertung von Sicherheiten, eine Praventivzensur ein. Die Einwilligung war nach § 9 Abs 2 KVO zu versagen, wenn die Maßnahme eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls enthielten oder die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Betroffenen unbillig eingeschränkt hätte. Die Vorschrift hatte eine große praktische Bedeutung dadurch erlangt, daß sie nach der herrschenden, vom KartG¹³⁾ und vom RG¹⁴⁾ geteilten Auslegung auch bei Sperren und ähnlichen Nachteilen gegen Außenstehende Anwendung fand¹⁵⁾. Der hier insbesondere interessierende Versagungsgrund "unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit" wurde stets angenommen, wenn die Maßnahme die Gefährdung oder Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Betroffenen zur Folge gehabt hätte¹⁶⁾. Wurde eine Sperre gegen einen Außenseiter eines Kartells verhängt, um ihn zum Beitritt zu zwingen, so wurde sie als unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit angesehen, wenn der Zwang wirtschaftlich nicht notwendig war¹⁷⁾ oder wenn dem Außenseiter der Beitritt billigerweise nicht zugemutet werden konnte¹⁸⁾. Das KartG betrachtete es auch als unbillige Einschränkung, wenn ein Kartell durch Verhängung von Sperren der behaupteten Überfüllung eines Gewerbes begegnen wollte¹⁹⁾ oder durch das gleiche Mittel einen ihm unerwünschten Gewerbetenossen von der Betätigung auf diesem Wirtschaftsgebiet ausschließen wollte²⁰⁾. Sollte die Sperre als Mittel des inneren Organisationszwangs gegen ein Kartellmitglied

13) Entsch. u. Gut. Nr. 88

14) RGZ 125, S.166 ff (170)

15) Eger, a.a.O. (6), S.81

16) Entsch. u. Gut. Nr. 111; 379; 382

17) KartG, KartRSch 1924, S.161

18) KartG, KartRSch 1929, S.99; Entsch. u. Gut. Nr. 357

19) Entsch. u. Gut. Nr. 75; 237; 332

20) Entsch. u. Gut. Nr. 61

angewandt werden, so betrachtete das Kartellgericht das Vorgehen nur dann als unbillig, wenn es sich ausschließlich gegen eines von mehreren vertragsuntreuen Mitgliedern richtete²¹⁾.

Neben der Verhängung von Sperren hat die Verwertung von Sicherheiten in der Praxis eine wesentlich geringere Rolle gespielt²²⁾. Die Einwilligung zur Verwertung einer Sicherheit wurde versagt, wenn keine Gewähr für eine unparteiische Entscheidung über die Vertragsstrafe durch das eingesetzte Schiedsgericht gegeben war²³⁾. Bei der Prüfung der unbilligen Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit, die zur Existenzgefährdung führen könnte, zog das KartG auch die Einnahmen des Betroffenen aus einem gänzlich anderen Betätigungsfeld zur Beurteilung heran²⁴⁾.

4. Sonstige Bestimmungen der KVO

Die übrigen Bestimmungen der Kartellverordnung waren nicht in der Lage, Schutzwirkungen für ein einzelnes Unternehmen zu entwickeln. Hatte das KartG eine Abmachung iSd § 1 KVO für nichtig erklärt oder eine bestimmte Art ihrer Durchführung untersagt, § 7 Abs 1 iVm § 4 Abs 1 Ziff 1 KVO, oder hatte der Reichswirtschaftsminister angeordnet, daß jeder Beteiligte den Vertrag jederzeit fristlos kündigen oder von dem Beschluß zurücktreten könne, § 4 Abs 1 Ziff 2 KVO, so ergaben sich vorteilhafte Wirkungen für das einzelne Unternehmen nur als Rechtsreflex. Die Normen waren dazu bestimmt, die Gesamtwirtschaft und das Gemeinwohl vor Gefährdungen zu bewahren²⁵⁾. Den gleichen Zielen diene § 10 KVO, wonach das KartG auf Antrag des Reichswirtschaftsministers

21) Entsch. u. Gut. Nr. 82; 132

22) Müllensiefen/Dörinkel, a.a.O. (6), Kap. VIII, S.29

23) Entsch. u. Gut. Nr. 156

24) Entsch. u. Gut. Nr. 209

25) Isay/Tschiersky, a.a.O. (6), S.159

aussprechen konnte, daß die benachteiligten Vertragsteile von Verträgen zurücktreten konnten, die unter Geschäftsbedingungen oder Preisfestsetzungsarten geschlossen worden waren, welche die Eignung besaßen, unter Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl zu gefährden. Hinzu kommt, daß von diesen Bestimmungen nur sehr selten Gebrauch gemacht wurde, wie die äußerst geringe Anzahl der dazu ergangenen Entscheidungen belegt²⁶⁾.

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die KartVO Verträge, wie sie in § 18 GWB geregelt sind, nahezu nicht berücksichtigte. Auch der wechselseitige, zu einem gemeinsamen Zweck geschlossene Ausschließlichkeitsvertrag, der § 1 KVO und damit auch den §§ 8 und 9 KVO unterfällt, kann nicht als der typische Vertrag angesehen werden, wie ihn § 18 Abs 1 GWB meint.

Die grundsätzlich positive Haltung der Verordnung gegenüber kartellmäßigen Zusammenschlüssen, die nur Auswüchse des Kartellwesens bekämpfen wollte, läßt es folgerichtig erscheinen, daß der Schutz einzelner Unternehmen vor einer Einengung ihrer wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit sehr schwach ausfiel. Der Schutz setzte praktisch erst ein, wenn eine Gefährdung oder Vernichtung der Existenz eines Unternehmens zu besorgen war.

26) Entsch.u.Gut. Nr 58 zu § 10 KVO; Nr 96 zu § 4 KVO;
Nr 124 zu §§ 4 u.10 KVO

II. Alliiertes Dekartellierungsrecht

Von 1947 bis zum Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen am 1. Januar 1958 galt in der Bundesrepublik das Alliierte Dekartellierungsrecht. Bedeutung erlangten insbesondere das Gesetz No. 56 der amerikanischen Militärregierung¹⁾ und die gleichlautende Verordnung No. 78 der britischen Militärregierung²⁾. Die Ordinance No. 96 der französischen Militärregierung³⁾ enthielt im wesentlichen Generalklauseln. Sie spielte eine untergeordnete Rolle und soll für die hier anzustellenden Untersuchungen außer Betracht bleiben.

Alle Vertragstypen, die später in § 18 GWB geregelt wurden, konnten als in den Geltungsbereich des Gesetzes No. 56 fallend betrachtet werden. Die Verträge iSd § 18 Abs 1 Nr 1 u. 4 GWB behandelte Art V Ziff. 9 c) 1. Ges. No. 56, die Verträge iSd § 18 Abs 1 Nr 2 u. 3 GWB umfaßte die Regelung des Art V Ziff. 9 c) 2. u. 3. Ges. No. 56. Art V Ziff. 9 c) Ges. No. 56 enthielt Legalinterpretationen für in Art I Ziff. 2 Ges. No. 56 verwendete Begriffe.

Nach Art V Ziff. 9 c) 1., 2. u. 3. iVm Art I Ziff. 1 u. 2 Ges. No. 56 galten als übermäßige Konzentrationen deutscher Wirtschaftskraft, und waren damit verboten, die Festsetzung von Preisen oder Zahlungs- oder sonstigen Bedingungen beim Ankauf oder Verkauf von Erzeugnissen und Gegenständen aller

1) vom 28.1.1947, ABl. der amerikanischen Militärregierung Issue C S.2 vom 1.2.1947

2) vom 28.1.1947, ABl. der britischen Militärregierung, S.412; der Einfachheit halber wird nur vom Gesetz No. 56 gesprochen werden, die VO No. 78 ist dann gleichermaßen mitgemeint.

3) Journal Officiel vom 13.6.1947, S.784

Art (Art V Ziff. 9 c) 1.) und der Ausschluß von Personen von Marktgebieten oder geschäftlichen Tätigkeitsbereichen, die Zuteilung von Kundschaft oder die Festsetzung von Verkaufs- oder Einkaufskontingenten, mit Ausnahme von Abmachungen, die nicht die Beschränkung des Wettbewerbs zum Ziel hatten und bei denen es sich nur um im guten Glauben abgeschlossene Marktabreden zwischen einem Unternehmen und seinen Handelsvertretern ("distributing agents") bezüglich der eigenen Erzeugnisse handelte (Art V Ziff. 9 c) 2.), und die Zuteilung von Grossisten oder die Zuteilung von Erzeugnissen an Kunden (Art V Ziff. 9 c) 3.).

1. Die Auslegung der Bestimmungen

Geht man vom reinen Wortlaut der Bestimmungen aus, so galten alle Verträge iSd § 18 GWB, ohne Rücksicht auf ihre Wirkung für die Gebundenen oder ihre wettbewerbliche Relevanz, nach Art V Ziff 9 c) 1.u.2. iVm Art I Ziff. 2 Ges.No. 56 als übermäßige Konzentration der Wirtschaftskraft und waren damit nach Art I Ziff. 1 Ges.No. 56 verboten.

Von seiten der Bestzungsbehörden wurde zunächst am reinen Wortlaut der Bestimmungen festgehalten und die Auffassung vertreten⁴⁾, daß die Vereinbarung von Ausschließlichkeitsbindungen wirksam nur möglich sei, wenn ein Agent gebunden werde und das Eigentum an den Waren bei dem Geschäftsherrn verbleibe, bis der Verkauf abgeschlossen sei, wobei der Agent in Vertretung des Geschäftsherrn zu handeln habe. Nachdem sich bereits eine etwas flexiblere Haltung angedeutet hatte⁵⁾, wurde im sogenannten "Kelleher-Brief"⁶⁾ einge-

4) Brief des Bipartite Control Office an den Decartelization Adviser Württemberg-Baden vom 23. Juni 1949, WuW/E All 7

5) Brief des Leiters der US-Decartelization and Deconcentration Division an das Wirtschaftsministerium Württemberg-Baden vom 11. Oktober 1950, WuW/E All 8

6) Brief des Leiters der US-Decartelization and Deconcentration Division an den Hessischen Minister f. Arbeit, Landwirtschaft und Wirtschaft v. 31.1.1951, WuW/E All 9

räumt, daß ein Vertrag, durch den ein Hersteller einem selbständigen Käufer den Alleinvertrieb für einen bestimmten Bezirk einräumt, bei gleichzeitiger Verpflichtung des Käufers, während der Dauer des Vertrages mit keinen anderen Waren ähnlicher Art Handel zu betreiben und sämtliche Einkäufe dieser Warenart ausschließlich bei dem betreffenden Hersteller vorzunehmen, nicht gegen das Gesetz No. 56 verstoße. Es wurde aber auch hervorgehoben, daß ein derartiges Abkommen durchaus auf einen Verstoß gegen die Dekartellierungsgesetze hinauslaufen könne, etwa wenn das Alleinhandelsabkommen eines aus einer Reihe von ähnlichen Verträgen sei, die von einem in einer beherrschenden Lage befindlichen Hersteller abgeschlossen wurden oder wenn der Alleinvertrag bei Mangel an anderen in Frage kommenden Käufern in einer Weise gehandhabt werde, die Konkurrenzhersteller daran hindere, sich angemessene Absatzgebiete zu sichern. Dies sei immer von den Umständen des einzelnen Falles abhängig.

Das Bundeswirtschaftsministerium übernahm in seinen Direktiven die Auslegung, die das Ges.No. 56 durch die Besatzungsbehörden fand. Bestand es zunächst noch auf einer wörtlichen Anwendung des Art V Ziff. 9 c) 2. Ges.No. 56 ⁷⁾, so übernahm es bald eine beweglichere Auslegung ⁸⁾ und schloß sich in einem Brief an den Verband der Kraftfahrzeug-Ersatzteile- und Zubehör-Großhändler ⁹⁾ der Ansicht an, daß ein Ausschließlichkeitsvertrag auch mit Eigenhändlern an sich keinen Verstoß gegen das Ges.No. 56 darstelle, sondern daß die gesamten Umstände daraufhin untersucht werden müßten, ob eine Beschränkung des Wettbewerbs eintrete. Konnte ein

7) in e. Brief an den Deutschen Industrie- und Handelstag vom 18. Jan. 1950, WuW/E BMW 8

8) in e. Brief an die Arbeitsgemeinschaft Chemische Industrie vom 5. Dez. 1950, WuW/E BMW 8

9) vom 19. Sept. 1951, WuW/E BMW 11

Ausschließlichkeitsvertrag die Wirkung haben, daß Wettbewerber daran gehindert werden, sich angemessene Absatzgebote zu sichern oder begünstigte ein Abkommen eine monopolistische Stellung auf seiten des Herstellers oder führte es zu einer örtlichen oder gebietsmäßigen Kontrolle oder waren eine Reihe von ähnlichen Verträgen Bestandteil einer auf monopolistische Kontrolle des betreffenden Geschäftszweigs gerichteten Politik des Herstellers, so sei dies wohl eine wesentliche Beschränkung des Wettbewerbes. Bei der Untersuchung dieser Frage sei jedoch die Einschränkung zu machen, daß schon mit Rücksicht auf den Charakter einer Ausschließlichkeitsvereinbarung die formale Tatsache des Vorliegens der Wettbewerbsbeschränkung die Unwirksamkeit des Vertrages nicht hervorrufen könne. Das Gesetz könne vielmehr nur dann Anwendung finden, wenn die Beschränkung des Wettbewerbes eine wesentliche sei, das heißt, sich aus der Abwägung der Interessenlage und aus den allgemeinen Umständen ergebe, daß das freie Spiel der Kräfte in einer Weise beeinträchtigt werde, welche die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der durch die Ausschließlichkeitsbindung Verpflichteten ungebührlich einschränke.

Der BGH vertrat von Beginn an in seiner Rechtsprechung zu Art I 1.u.2., Art V Ziff. 9 c) 2. Ges.No. 56 die Auffassung¹⁰⁾, daß eine wörtliche Anwendung der Bestimmungen ausgeschlossen sei. Die Formulierung sei so allgemein, daß unter Art V Ziff 9 c) 2. Ges.No. 56 jeder Kaufvertrag fallen könne, der damit unwirksam wäre, was nicht die Absicht des Gesetzes sein könne. Um zu einer sinnvollen Auslegung zu kommen, müsse auf das amerikanische Antitrustrecht zurückgegriffen werde. Nach der Handhabung der Section 3 des Clayton-Acts von 1914, der entsprechenden Bestimmung des amerikanischen Antitrustrechts, sei, so meinte der BGH, eine entfernt liegende ("remote") und unwesentliche Verringerung des Wettbewerbes nicht untersagt. Unter

10) BGH WuW/E BGH 19 ("Braueredarlehen")

Heranziehung dieser Grundsätze verstoße ein Vertrag, durch den sich ein Gastwirt im Rahmen eines Darlehensabkommens verpflichtet habe, seinen gesamten Bierbedarf bei einem bestimmten Bierhändler zu decken, nicht gegen die Dekartellierungsbestimmungen, weil eine Beschränkung des Wettbewerbes nur in geringem Umfang und als mittelbare Folge eintrete, jedoch nicht das eigentliche Ziel des Vertrages darstelle. Diese Rechtsprechung wurde bestätigt durch ein Urteil vom 14. Mai 1952 ¹¹⁾. Auf den gleichen Grundsätzen aufbauend kam der BGH in einem Urteil vom 8. Febr. 1952 ¹²⁾ zu dem Ergebnis, daß eine Kundenschutzklausel dann nicht gegen Art I Ziff. 1 u.2 iVm Art V Ziff. 9 c) 2. Ges.No. 56 verstoße, wenn sie als untergeordnete Nebenverpflichtung eines Vertrages ("ancillary clause") nur dessen faire, Treu und Glauben entsprechende Durchführung sichern solle und wenn die durch sie herbeigeführte Beschränkung der geschäftlichen Tätigkeit nicht geeignet sei, die allgemeine Marktlage zu beeinflussen.

2. Individualschutz

Art V Ziff. 9 c) 1.u.2. bestimmt iVm Art I Ziff. 1 u.2 Ges.No. 56, daß die dort im einzelnen genannten Bindungen, Bedingungen und Beschränkungen als übermäßige Konzentrationen deutscher Wirtschaftskraft verboten sind. Das Gesetz sagt jedoch nichts darüber, ob diese Vorschriften auch den Schutz einzelner gewährleisten sollen.

Die Bestzungsbehörden sahen in der einschränkenden Bindung des Vertragspartners und in dem daraus resultierenden Ausschluß konkurrierender Hersteller vom Markt ein Kennzeichen für die Unzulässigkeit der Bindung ¹³⁾. Ob sie jedoch Art I Ziff. 1 u.2 iVm Art V Ziff. 9 c) 1.u.2. Ges.No. 56

11) BGH WuW/E BGH 32 ("Sp.-Bräu")

12) BGH WuW/E BGH 23 ("Kundenschutzklausel")

13) Unterlassungsanordnung der DIDEG gegen die Deutsche Vereinigte Schuhmaschinenenges., WuW/E All 13

als Schutzgesetz für den gebundenen Vertragspartner oder für den beeinträchtigten Dritten ansahen, erhält aus den Äußerungen, soweit ersichtlich, nicht, wenn auch der sogenannte "Blitz-Brief"¹⁴ darauf hinzudeuten scheint. Dort wird unter Hinweis auf den § 13 des Entwurfs zum GWB (dem späteren § 18 GWB) eine Abwägung zwischen den Interessen des Herstellers an der Vertriebsbindung einerseits und des gebundenen Käufers und der ausgeschlossenen Händler an einer freien wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeit andererseits vorgenommen.

Der Bundeswirtschaftsminister sah in einem Brief an den Verband der Kraftfahrzeug-Ersatzteile- und -Zubehör-Großhändler¹⁵ die von einem Ausschließlichkeitsvertrag hervorgerufene Hinderung von Wettbewerbern, sich angemessene Absatzgebiete zu sichern und die ungebührliche Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des gebundenen Vertragsteils nur als ein Indiz für das Vorliegen einer wesentlichen Wettbewerbsbeschränkung an. Doch auch der Bundeswirtschaftsminister schien der Ansicht zuzuneigen, daß Art I Ziff. 1 u.2 iVm Art V Ziff. 9 c) 1.u.2. Ges.No. 56 den Schutz einzelner bezwecke, wenn er in einem Brief¹⁶ aus dem Jahre 1957 ausführt, daß durch eine Vertriebsbindung für Tonbandgeräte die Freiheit des Wettbewerbes u n d der wirtschaftlichen Betätigung des Großhandels entscheidend eingeengt und bestimmte Abnehmerkreise ungerechtfertigt vom Einkauf beim Großhandel ausgeschlossen werden und die Vertriebsbindung daher gegen Art I Ziff. 1 u.2 iVm Art V Ziff. 9 c) 1.u.2. Ges.No. 56 verstoße.

14) Stellungnahme der Decartelization and Deconcentration Division vom 1. Juli 1953, WuW/E All 38

15) a.a.O. (9)

16) an die Fa. X vom 14. Okt. 1957, WuW/E BWM 113

Das LG München-Gladbach leitete bereits in einem Urteil vom 20.11.1947 ¹⁷⁾ aus der Präambel Pos. IV des Ges.No. 56, nach der mit dem Gesetz eine Grundlage für den Aufbau einer gesunden und demokratischen deutschen Wirtschaft geschaffen werden soll, für die Frage des Boykotts her, daß das Gesetz auch den Schutz einzelner bezwecke. Das Gericht betrachtete das Gesetz daher als Schutzgesetz iSd § 823 Abs 2 BGB.

Der BGH war der Meinung ¹⁸⁾, daß es angesichts der mit den Dekartellierungsgesetzen verfolgten gesamtwirtschaftlichen Zielsetzung zweifelhaft sein könne, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Verstoß gegen die Dekartellierungsgesetze zur Geltendmachung zivilrechtlicher Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche vor den deutschen ordentlichen Gerichten berechtige. Die Frage sei jedenfalls insoweit zu bejahen, als die in den Dekartellierungsgesetzen enthaltenen Verbote mindestens auch den Schutz einzelner oder eines bestimmten Personenkreises bezweckten und damit als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs 2 BGB anzusehen seien. Das sei bei Ausschließlichkeitsvereinbarungen der Fall, durch die zwangsläufig einzelne oder bestimmte Gruppen von Wettbewerbern betroffen und geschädigt werden könnten. Soweit die Dekartellierungsgesetze derartige Vereinbarungen verbieten, sollten mit dem Verbot zugleich auch diejenigen Personen geschützt werden, gegen die sich die betreffenden Ausschließlichkeitsklauseln richten. In diesen Fällen werde mit dem Verbot nicht nur allgemein der Schutz der Schutz des Wettbewerbs als solcher, sondern zugleich auch der Schutz der betreffenden Gruppe von Mitbewerbern bezweckt.

17) LG München-Gladbach, NJW 1947/48, S.525

18) BGH WuW/E BGH 65 ff (70) ("Warenkredit"); Sperrdruck in der Fundstelle

Die Literatur war, zum Teil mit Bedenken, überwiegend der Ansicht¹⁹⁾, daß die einzelnen Verbote des Art V Ziff. 9 c) Ges.No. 56 unmittelbar den Schutz des einzelnen Gewerbetreibenden bezweckten und daher Schutzgesetze iSd § 823 Abs 2 BGB darstellten. Allein W ü r d i n g e r stellte sich auf den Standpunkt²⁰⁾, daß die Entflechtungsgesetze reine Wirtschaftsverfassungsgesetze allgemeinen Charakters seien, aus denen Ansprüche einzelner nicht hergeleitet werden könnten.

3. Zusammenfassung

Betrachtet man die praktische Anwendung, zu der Art V Ziff. 9 c) 1.-3. Ges.No. 56 nach anfänglicher Starrheit gelangt ist, so läßt sich feststellen, daß die Abmachungen iSd Art V Ziff. 9 c) 1.-3. Ges.No. 56 nur dann als verboten angesehen wurden, wenn sie zu einer wesentlichen Wettbewerbsbeschränkung führten. Damit wurde durch die Auslegung der Bestimmungen eine Voraussetzung aufgestellt, die später auch in § 18 GWB Eingang finden sollte und die dort zu einer Voraussetzung für das Eingreifen der Kartellbehörde wurde.

Zusammenfassend läßt sich hinsichtlich des Individualschutzes sagen, daß das Ges.No. 56 selbst zwar den Schutz einzelner nicht ausdrücklich vorsah, daß aber die nahezu einhellige Meinung dahinging, daß die Bestimmungen der Art V Ziff. 9 c) iVm Art I Ziff 1 u.2 Ges.No. 56 dem Schutz einzelner zu dienen bestimmt sei. Dabei sind als vom Schutzzweck umfaßte einzelne allgemein nur Dritte angesehen

19) Remmert, Gesetz No. 56, S.22; Möhring, MDR 1949, S.411; ders., GRUR 1949, S.273; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S.386

20) Würdinger, Entflechtungsrecht, in Gesetz und Recht 1947, S. 321 ff (364); ders., MDR 1952, S. 129 ff (132)

worden, für die sich auf Grund der Abmachungen wirtschaftliche Beeinträchtigungen ergaben, zumeist Wettbewerber des Bindenden. Die Frage, ob der gebundene Vertragsteil auch geschützt werden sollte, wurde, soweit ersichtlich, nicht erörtert. Versucht man hierauf im nachhinein eine Antwort zu finden, so wird man, ausgehend von den in Pos. IV der Praambel festgelegten Zielen des Gesetzes No. 56, zu dem Ergebnis kommen, daß es wohl auch ein Zweck des Gesetzes war, den meist schwächeren Vertragsteil vor Bedingungen und Beschränkungen zu schützen, die seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit einengten, daß Art V Ziff. 9 c) iVm Art I Ziff. 1 u. 2 Ges.No. 56 also auch den gebundenen Vertragsteil schützen wollte.

III. § 18 GWB bis zur Novelle 1965 ¹⁾

1. Darstellung und Entstehung

Die Vertragsarten, welche nach § 18 GWB 1.F. zu einem Eingreifen der Kartellbehörde führen konnten, waren die gleichen wie die in der geltenden Regelung, nämlich Verwendungsbeschränkungen (Nr 1), Ausschließlichkeitsvereinbarungen (Nr 2), Vertriebsbindungen (Nr 3) und Koppelungsvereinbarungen (Nr 4). Das Einschreiten der Kartellbehörde war vom k u m u l a t i v e n Vorliegen der Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Vertragsbeteiligten oder eines anderen Unternehmens u n d einer wesentlichen Wettbewerbsbeeinträchtigung abhängig.

Nach §13 RegE ²⁾ war ursprünglich die unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Vertragsbeteiligten oder anderer Unternehmen allein als Eingriffskriterium vorgesehen worden. Der Bundesrat hatte demgegenüber vorgeschlagen ³⁾, daß die Eingriffsbefugnis der Kartellbehörde nur von einer wesentlichen Wettbewerbsbeeinträchtigung abhängen sollte. Die Bundesregierung beharrte aber insoweit auf ihrem Entwurf ⁴⁾. Der wirtschaftspolitische Ausschuß beschloß schließlich, nachdem er zunächst zu einer Alternativlösung tendiert hatte, das kumulative Vorliegen der Voraussetzungen zu fordern ⁵⁾; diese Fassung wurde dann Gesetz..

1) das Gesetz in diesem Zeitraum wird in den folgenden Ausführungen zur Unterscheidung als "GWB 1.F." bezeichnet.

2) dem späteren § 18 GWB, abgedr. im Gem.Komm. 1.A., S. 1042

3) Änderungsvorschläge des Bundesrates, I. Nr 15, abgedr. im Gem.Komm. 1.A. S. 1129 ff (1133)

4) Stellungnahme der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrates, II. Nr 5, abgedr. im Gem.Komm. 1.A. S. 1149 ff (1150)

5) Bericht des BT-Ausschusses für Wirtschaftspolitik zu § 13 RegE, abgedr. im Gem.Komm. 1.A. S. 1156 ff (1185)

2. Schutzgesetzcharakter

Ziel des § 18 GWB 1.F. war es, neben dem Schutz des Wettbewerbs, das einzelne Unternehmen vor vertraglichen Einschränkungen seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit zu schützen. Darüberhinaus sollten auch dritte Unternehmen, die nicht Vertragsteil waren, in den Schutz einbezogen werden. Ein Vertrag iSd § 18 Nr 1 - 4 GWB 1.F. bewirkte formell immer eine Einschränkung für den gebundenen Vertragsteil und für andere Unternehmen, die durch die Bindung von einem Geschäftsverkehr mit dem Gebundenen ausgeschlossen waren. § 18 GWB 1.F. ging, wie die geltende Fassung, davon aus, daß derartige Verträge grundsätzlich wirksam abgeschlossen werden können. Ein Einschreiten der Kartellbehörde war erst möglich, wenn die Beeinträchtigungen unbillig waren. Neben der unbilligen Einschränkung mußte der Wettbewerb wesentlich beeinträchtigt sein. Schutzobjekt des § 18 GWB 1.F. war also die wirtschaftliche Handlungsfreiheit einzelner Unternehmen und der Wettbewerb als Institution⁶⁾.

§ 18 GWB 1.F. bezweckte zwar den Schutz einzelner, er wurde damit aber nicht zum Schutzgesetz iSd § 35 GWB⁷⁾⁸⁾. Für ein Schutzgesetz iSd § 35 GWB ist es erforderlich, daß es an den Adressaten ein Ge- oder Verbot erläßt⁹⁾. Die Verträge des § 18 GWB 1.F. waren bis zum Erlaß einer kartellbehördlichen Unwirksamkeitsverfügung erlaubt und wirksam, und zwar auch dann, wenn an sich die Voraussetzungen für das Einschreiten der Kartellbehörde gegeben gewesen wären. Bis zu diesem Zeitpunkt wandte sich § 18 GWB 1.F.

6) Schwartz im Gem.Komm. 2.A. § 18 Anm 6

7) die geltende Fassung entspricht unverändert dem § 35 1.F.

8) ebenso Schwartz im Gem.Komm. 2.A. Anm 7; a.A. Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung ..., S. 220; zur Kritik der Ansicht Biedenkopfs vgl auch oben S. 48 f

9) vgl hierzu oben S. 7 f

nicht imperativisch an den bindenden Vertragsteil, ein Verstoß iSd § 35 GWB war somit nicht möglich.

Die gemäß § 18 GWB 1.F. ergangene Unwirksamkeitsverfügung bezweckte wegen der Notwendigkeit des kumulativen Vorliegens der Eingriffsvoraussetzungen neben dem Schutz des Wettbewerbs immer auch den Schutz einzelner. Aus den Umständen und aus der Begründung der Verfügung mußte sich ergeben, ob die Unwirksamkeitserklärung den gebundenen Vertragsteil oder dritte Unternehmen schützen wollte oder ob sie beide geschützt werden sollten.

IV. § 18 GWB bis zur Novelle 1973 ¹⁾

1. Entstehungsgeschichte

Die tatsächlichen Eingriffsmöglichkeiten der Kartellbehörde nach § 18 GWB 1.F. waren relativ gering. Das hatte seinen Grund darin, daß § 18 GWB 1.F. ein kartellbehördliches Tätigwerden nur zuließ, wenn neben dem entsprechenden Vertrag eine unbillige Einschränkung des gebundenen Vertragsteils oder anderer Unternehmen und zusätzlich eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorlagen. Diese Erfordernisse waren nicht allzu oft gegeben.

Das BKartA hatte nur in zwei Fällen Entscheidungen gem. § 18 GWB 1.F. erlassen ²⁾. Im ersten Fall ging es um einen Vertrag, in dem sich die Firma Porta im Zusammenhang mit einem Lieferungsauftrag verpflichtete, Kaffee- und Teefilter des Systems der Fa. Melitta zu liefern und nach Beendigung dieser Aufträge solche Kaffee- und Teefilter für die Dauer von drei Jahren weder unmittelbar noch mittelbar herzustellen oder zu vertreiben. Das BKartA sah das Verbot, überhaupt Filter herzustellen und zu vertreiben, die mit Papierfiltern arbeiten, als unbillig an, soweit es sich auf Filter bezog, die in ihrer Form erheblich von den Melitta-Filtern abwichen. Die wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs ergab sich nach seiner Ansicht aus dem Umstand, daß der Fa. Melitta ohne das Wettbewerbsverbot in der Fa. Porta ein wesentlicher Konkurrent erwachsen würde, der billiger liefern könnte, weswegen voraussichtlich die Fa. Melitta zu Freisnachlässen gezwungen wäre. Insoweit erklärte das

1) Das Gesetz in diesem Zeitraum wird in den folgenden Ausführungen zur Unterscheidung als "GWB 2.F." bezeichnet.

2) BKartA WuW/E BKartA 60 "Melitta" und WuW/E BKartA 761 ("Elektro-Discount")

BKartA den Vertrag daher gem. § 18 Abs 1 Nr 2 GWB 1.F. für unwirksam. Im zweiten Fall erklärte das BKartA im Wege der einstweiligen Verfügung gem. § 56 Nr 3 iVm § 18 Abs 1 Nr 3 GWB 1.F. eine Bindung zwischen einem Elektrogerätehersteller und seinem Großhändler zugunsten eines dritten Unternehmens ("Discount"-Geschäft Fa. D.) für unverbindlich, nach der die Großhändler "Discount"-Geschäfte nur nach vorliegender Zustimmung des Herstellers beliefern durfte. Das BKartA anerkannte zwar, daß es einem Herstellerunternehmen grundsätzlich unbenommen bleiben müsse, seine Vertriebswege zu organisieren. Da diese Vertriebsbindung jedoch objektiv geeignet war, in vom Gesetz mißbilligter Weise auf das Preisgefüge Einfluß zu nehmen, sah sie das BKartA als unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des "Discount"-Geschäfts an. Die wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung folgte aus dem Umstand, daß sich bei einem Fortfall wesentlicher Marktfunktionen der Niedrigpreisangebote, die allein die Firma D. für große Mengen von Geräten des betroffenen Herstellers mache, eine wesentliche Beeinträchtigung des Preiswettbewerbs für diese Erzeugnisse ergäbe.

Bis Ende des Jahres 1965 hatte es 24 Verfahren eingestellt, nachdem der beanstandete Mißbrauch abgestellt worden war. 137 Verfahren waren "aus anderen Gründen" eingestellt worden ³⁾, wohl weil kein beanstandbarer Mißbrauch vorlag.

Bereits in ihrer Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht des BKartA aus dem Jahre 1959 ⁴⁾ wies die Bundesregierung darauf hin, daß sich bei der Anwendung des § 18 GWB 1.F. auf Grund der Häufung der Eingriffsvoraussetzungen Schwierigkeiten ergeben. Im Kartellbericht der Bundesregierung von 1962 ⁵⁾ wurde erneut die Notwendigkeit festgestellt,

3) Tätigkeitsbericht des BKartA 1965, S. 170

4) BT-Drucksache 3. Wahlp./1795, S. 3

5) BT-Drucksache IV/617, S. 56 ff

bei einer Novellierung des GWB auf eine Häufung der Eingriffsvoraussetzungen zu verzichten, da eine wirksamer Schutz unbillig eingeschränkter Unternehmen einerseits und des wesentlich beschränkten Wettbewerbs andererseits zu oft am Fehlen der jeweils anderen Voraussetzungen scheitere.

Ein Änderungsantrag der SPD-Fraktion ⁶⁾ im Bundestag hatte schon 1960 einen Fortfall der Kumulierung vorgesehen und die unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des gebundenen Vertragsteils oder dritter Unternehmen und die wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs als alternative Eingriffsmerkmale genügen lassen. 1964 lag dem Bundestag ein erneuter Änderungsantrag der SPD-Fraktion vor ⁷⁾, der hinsichtlich der Neufassung des § 18 GWB dem ersten Änderungsantrag aus dem Jahre 1960 entsprach. Etwa zur gleichen Zeit brachte die Regierung einen Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GWB ein ⁸⁾, der dann hinsichtlich § 18 unverändert Gesetz wurde.

2. Individualschutz

Der novellierte § 18 sollte der Kartellbehörde das Eingreifen durch Fortfall der Kumulierung der Eingriffsvoraussetzungen erleichtern. Das Eingriffskriterium "unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit anderer Unternehmen" wurde ersetzt. Nach § 18 GWB 2.F. war ein Tätigwerden der Kartellbehörde möglich, wenn für andere Unternehmen der Zugang zu einem Markt unbillig beschränkt war. Den Schutz des gebundenen Vertragsbeteiligten glaubte man dem bürgerlichen Recht überlassen zu

6) BT-Drucksache 3. Wahlp./2293

7) BT-Drucksache IV/ 2337

8) BT-Drucksache IV/ 2564

können. Man ging dabei von der Erwägung aus, daß der gebundene Vertragspartner die beschwerende Bindung grundsätzlich freiwillig auf sich genommen habe und folgerte daraus, daß es nicht erforderlich erscheine, in Fällen, in denen ein Vertragspartner die Aufhebung der Bindung wegen einer nach seiner Ansicht unbilligen Beschränkung seiner wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeit begehre, die Kartellbehörde einzuschalten ⁹⁾.

9) Begründung zum RegE, BT-Drucksache IV/ 2564, S. 9 u. 14;
Bericht des Wirtschaftsausschusses, BT-Drucksache IV/
3533, S. 5

V. § 18 GWB in seiner geltenden Fassung

1. Entstehung

Ob die Überlegungen, die zum Ausschluß des Schutzes des gebundenen Vertragsteils durch § 18 GWB 2.F. geführt hatten, zutreffend und sein Schutz durch das bürgerliche Recht ausreichend gesichert war, schien von Beginn an zweifelhaft ¹⁾.

Ein erster Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB ²⁾ sah vor, die unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des gebundenen Vertragsbeteiligten als alternatives Tatbestandsmerkmal neben die Marktzugangsbeschränkung und die Wettbewerbsbeeinträchtigung zu stellen. Zur Begründung war ausgeführt worden ³⁾, die Erfahrungen seit der Novelle 1965 hätten es geboten erscheinen lassen, dem gebundenen Vertragspartner neben den zivilrechtlichen Klagemöglichkeiten den Schutz eines kostenfreien kartellbehördlichen Amtsverfahrens zu verschaffen.

Dieser Plan stieß auf starke Kritik aus Wirtschaftskreisen ⁴⁾. Der am 19. 5. 1971 verabschiedete Kabinettsentwurf ⁵⁾ enthielt den isolierten Individualschutz zugunsten des gebundenen Vertragsteils nicht mehr. Die Kartellbehörde sollte aber eingreifen können, soweit "eine Vielzahl von Unternehmen gleichartig gebunden und in ihrer

1) Gutzler, BB 1965, S. 917 ff (920); zum Schutz des Gebundenen durch das BGB vgl. unten S.112 ff

2) vom 20. 3. 1970, BWM I B 5 - 22 13 53 -

3) a.a.O. S. 73

4) vgl. Sontag, WRP 1970, S. 229 ff

5) BT-Drucksache VI/ 2520, Art. I Ziff. 5

Wettbewerbsfreiheit unbillig eingeschränkt ist". Begründet wurde diese Formulierung damit, daß es selbst bei Aufrechterhaltung des Standpunktes, daß der Individualschutz des Gebundenen dem bürgerlichen Recht überlassen bleiben soll, möglich und auch geboten erscheine, die gebundenen Vertragsbeteiligten im Rahmen des § 18 insoweit zu schützen, als es um ihre wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten im Wettbewerb gehe und überdies Einschränkungen der Wettbewerbsfreiheit geltend gemacht werden würden, die zugleich eine Vielzahl gleichartig gebundener Unternehmen treffe. In solchen Fällen gehe es nicht nur um den Individualschutz desjenigen Unternehmens, das sich an die Kartellbehörde wendet, sondern um den Schutz des Wettbewerbs auf dem Markt. Der 6. Bundestag konnte den Entwurf, infolge seiner vorzeitigen Auflösung, nicht mehr erledigen. Die Regierungsparteien des 7. Bundestages übernahmen diesen Entwurf hinsichtlich des § 18 unverändert und brachten ihn als Initiativantrag ein ⁶⁾. Der Ausschuß für Wirtschaft ersetzte, auf Anregung des Bundesrates, in der neuen Eingriffsvoraussetzung das Wort "Vielzahl" durch die Worte "für den Wettbewerb auf dem Markt erhebliche Zahl" ⁷⁾. Damit sollte klargestellt werden, daß die Kartellbehörde eingreifen könne, wenn durch gleichartige Bindungen eine Gruppe von Unternehmen betroffen ist, die für den Wettbewerb auf dem Markt offensichtlich erheblich ist ⁸⁾. In dieser Fassung des § 18 wurde der Gesetzentwurf dann durch Bundestag und Bundesrat verabschiedet ⁹⁾.

6) BT-Drucksache 7/76

7) BT-Drucksache 7/696, Art. 1 Ziff. 6

8) Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft,
BT-Drucksache 7/769, S. 5

9) BGBI 1973; Teil I, S. 917 ff

2. Auslegungskriterien der Neuregelung

Das Vorliegen einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Zahl von Unternehmen läßt sich nur an Hand der konkreten Marktsituation feststellen. Dabei wird das Ausmaß der einzelnen Bindungen eine gewisse Rolle spielen. Die wettbewerbserhebliche Zahl wird bereits vorliegen, wenn die Unternehmen zusammengenommen auf dem Markt ein fühlbares Marktgewicht darstellen.^{9a)} Man wird davon ausgehen können, daß es zur Ausfüllung der Voraussetzung "wettbewerbserhebliche Zahl" nicht erforderlich ist, daß die Bindungen hinsichtlich ihrer wettbewerblichen Relevanz die Bedeutung einer w e s e n t l i c h e n Wettbewerbsbeschränkung erreichen müssen. "Wettbewerbserhebliche Zahl" ist im Verhältnis zu "wesentlicher Wettbewerbsbeschränkung" insofern der schwächere Begriff. Das ergibt sich auch aus der Tatsache der Novellierung selbst, da sie andernfalls überflüssig gewesen wäre. Ein Eingreifen der Kartellbehörde wäre ja schon nach der jetzigen Alternative c) möglich.

Ein Eingreifen der Kartellbehörde wird ermöglicht, sofern die Anzahl von Unternehmen "gleichartig gebunden" ist. Der Begriff "gleichartige Bindung" ist als erfüllt anzusehen, wenn es sich um die gleichen Leistungen handelt, also um Leistungen, die e i n e n Markt bilden, mithin austauschbar sind,^{9b)} und wenn die Bindungstypen im Sinne der Nrn 1 - 4 die gleichen sind¹⁰⁾. Weiterhin wird man fordern müssen, daß die gebundenen Unternehmen alle derselben Wirtschaftsstufe angehören. Ohne Bedeutung ist das Umsatzvolumen, auf das sich die einzelne Bindung bezieht und die Dauer der Bindung. Auch Nebenbedingungen des Vertrags, wie Kreditgewährung, Zurverfügungstellung von Inventar etc., sind für die Gleichartigkeit der Bindung

9a) ähnlich Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 18 Anm. 114

9b) ebenso Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 18 Anm. 115

10) ebenso Schwarzl im Gem.Komm. 3.A. § 18 Anm. 74; Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 18 Anm. 116

nicht von Belang. Da Nebenbedingungen nur in den seltensten Fällen gleich sein werden, wäre eine Anwendung der Vorschrift andernfalls nahezu ausgeschlossen.

S c h w a r t z ¹¹⁾ fordert, daß die Bindungen eine konforme Wettbewerbslage herbeiführen müßten. Die angeführten Beispiele für die Zweifelhaftigkeit ihres Vorliegens - Dauer der Bindung teils kurzfristig, teils langfristig, Mindestbezugspflichten zum Teil unerheblich, zum Teil nicht erreichbar, Bezugspflicht zeitlich über die Rückzahlung gegebener Darlehen hinaus völlig unterschiedlich festgesetzt - deuten darauf hin, daß er mehr das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Unbilligkeit des Vertrags im Auge hat. Insofern ist S c h w a r t z zuzustimmen, daß Bindungsverträge, die der Billigkeit nicht widersprechen, für die in Frage kommenden Verträge außer Betracht bleiben müssen. Das ist jedoch keine Frage der Gleichartigkeit.

Aus der gewählten Formulierung ergibt sich, daß von der wettbewerbserheblichen Zahl gleichartig gebundener Unternehmen jedes einzelne Unternehmen in seiner Wettbewerbsfreiheit unbillig eingeschränkt sein muß ¹²⁾. Es genügt also nicht, wenn eine wettbewerbserhebliche Zahl zwar gleichartig gebunden, aber nur ein nicht wettbewerbserheblicher Teil der Unternehmen unbillig eingeschränkt ist.¹³⁾ Ist eine wettbewerbserhebliche Zahl von Unternehmen gleichartig gebunden und unbillig eingeschränkt und eine weitere Anzahl von Unternehmen nur gleichartig gebunden, so ist ein Eingreifen der Kartellbehörde gleichwohl möglich, allerdings beschränkt auf die unbillig eingeschränkten Unternehmen.

11) a.a.O.

12) vgl Kabinettsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB, BT-Drucksache VI/2520, Begründung zu Art I Nr 5; Langen-Niederleithinger-Schmidt, §18 Anm.120

13) ebenso Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 18 Anm. 110;

a.A. Weyhenmeyer, WRP 1971, S. 155

B. Der Schutz des gebundenen Vertragsteils durch das bürgerliche Recht in der Rechtsprechung der Obergerichte.

Bei der ersten gesetzlichen Fassung des § 18 GWB und bei den späteren Novellierungsbemühungen kam man jeweils zu unterschiedlichen Auffassungen, was den Schutz des gebundenen Vertragsbeteiligten anbetraf. Zunächst beinhaltete § 18 den Schutz des Vertragsbeteiligten, allerdings mit der die Eingriffsmöglichkeiten wesentlich einschränkenden weiteren Voraussetzung der wesentlichen Wettbewerbsbeeinträchtigung, dann verzichtete man ganz auf seinen Schutz, um schließlich mit der augenblicklich geltenden Regelung einen Kollektivschutz einzuführen. Ein wesentlicher Gesichtspunkt bei der Suche nach einer angemessenen Regelung war dabei der Schutz, der dem gebundenen Vertragsteil bereits durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zuteil wird. Wie die mit jeder Novelle unterschiedlichen Regelungen im GWB zeigen, war auch die Beurteilung dieser Frage nicht von einer klaren Linie gekennzeichnet. Eine Betrachtung der Lage des gebundenen Vertragsteils bei Verträgen iSd § 18 legt es daher nahe, Untersuchungen anzustellen, wie es um den bürgerlich-rechtlichen Schutz tatsächlich, nämlich nach der Rechtsprechung der Obergerichte, bestellt ist. Ein Schutz des gebundenen Vertragspartners bei Verträgen iSd § 18 GWB kann nach bürgerlich-rechtlichen Gesichtspunkten durch die §§ 138 und 242 BGB erfolgen. Von den Vertragstypen iSd § 18 GWB waren es in erster Linie die Ausschließlichkeitsverträge, und hier insbesondere die Bierlieferungsverträge, welche die Gerichte beschäftigen.

I. Bierlieferungsverträge

Bereits das Reichsgericht entwickelte zu den Bierlieferungsverträgen eine einheitliche Rechtsprechung,

soweit dies bei der Verschiedenartigkeit der Fälle möglich war. Ein Fall, der als Grundfall angesehen werden kann, lag der Entscheidung RGZ 152, S. 251 ff zugrunde. Eine Brauerei gewährte einem Gastwirt ein Darlehen. Der Gastwirt verpflichtete sich, seinen gesamten Bedarf an Bier bis zu einer bestimmten Mindestmenge, die in Relation zu dem Darlehensbetrag stand, bei der Brauerei zu beziehen. Die Tilgung des Darlehens hatte durch ein Aufgeld auf jedes Hektoliter Bier zu erfolgen. Durch eine vorzeitige Darlehensrückzahlung sollte die Bierbezugsverpflichtung nicht berührt werden. Für anderweitig bezogenes Bier sollte eine Vertragsstrafe bezahlt werden. Im Falle einer Vertragsverletzung des Wirtes sollte die Brauerei berechtigt sein, sofortige Erfüllung sämtlicher Zahlungsverpflichtungen zu fordern, bei Fortdauer des Vertrags in seinen übrigen Punkten. Auch bei Veräußerung oder Aufgabe des Geschäfts sollten die Verpflichtungen des Wirts weiterbestehen.

Das Reichsgericht führte aus ¹⁾, es entspreche seiner ständigen Rechtsprechung, daß ein Vertrag auch dann als sittenwidrig angesehen werden könne, wenn nur einer Partei unsittliches Verhalten zur Last falle oder sich dies gegen die andere Partei richte, wenn also weitgehende Eingriffe, namentlich in die wirtschaftliche Freiheit der anderen Partei, stattfänden. Darin allein, daß zeitlich beschränkte Bezugsverpflichtungen zwischen einem Gastwirt und einer Brauerei unter Ausschluß anderen Bierbezugs eingegangen werden, läge aber kein solcher Eingriff. Das habe die Rechtsprechung auch dann anerkannt, wenn die Abnahmeverpflichtung im Zusammenhang mit einer Darlehensgewährung der Brauerei übernommen worden sei, auch wenn jene Verpflichtung eine gewisse Zeit über die

1) a.a.O., S. 253

Rückzahlung des Darlehens hinaus fort dauern sollte. Immer sei es eine Frage der Umstände des einzelnen Falles, ob sich aus den getroffenen Vereinbarungen eine übermäßige Härte für den Wirt in der Weise ergebe, daß die Bierabnahmeverpflichtung eine drückende Beschränkung, wenn nicht Aufhebung seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit und Unabhängigkeit bedeute und ihn völlig in die Hände der Brauerei gebe ²⁾. Insoweit sei die Frage der Sittenwidrigkeit des Vertrages weitgehend eine Sache tatsächlicher Beurteilung, bei der die gesamten, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhandenen Verhältnisse von dem besonderen Standpunkt der Vertragschliessenden, unter Berücksichtigung ihrer Bedürfnisse, Beweggründe und Zwecke in Betracht zu ziehen seien.

So hatte das Reichsgericht in einem Urteil aus dem Jahre 1906 ³⁾ einen Vertrag nicht als sittenwidrig angesehen, bei dem einer Bierbezugspflicht von 5 Jahren ein durch eine Bürgschaft gesichertes Darlehen in Höhe von 1.000 Mark gegenüberstand, das dem Wirt die Gründung einer selbständigen Existenz ermöglichte. Es würde auch nicht zu einer Sittenwidrigkeit des Vertrags führen, wenn die Bierbezugspflicht für den Fall der vorzeitigen Rückzahlung des Darlehens bestehen bleibe. .

Eine Bierbezugspflicht von 18 Jahren verstößt nach Ansicht des Reichsgerichts ⁴⁾ dann nicht gegen die guten Sitten, wenn ihr ein günstiger Grundstückskauf und ein Verzicht zum Vorteil des Wirtes auf die Verfügung über die Hypothek gegenüberstehe. Selbst ein Vertrag über eine 20-jährige Bierbezugsverpflichtung, für welche die Brauerei das nur durch eine Nachranghypothek gesicherte Darlehen lange

2) im Urteil zitierte Rechtsprechung: RGZ 63, S. 390;
RG JW 1935, S. 2553 Nr 1; RG JW 1935, S. 3217 Nr 1;
RG JW 1936, S. 569 Nr 1;

3) RGZ 63, S. 390

Zeit stundete, betrachtete das Reichsgericht ⁵⁾ nicht als gegen die guten Sitten verstoßend. Verträge ohne jede zeitliche Begrenzung der Bierbezugsverpflichtung hielt das Reichsgericht allerdings nicht für mit den guten Sitten vereinbar ⁶⁾. Zeitlich begrenzte Bierbezugsverpflichtungen, auch solche von sehr langer Dauer, konnten also wegen des zeitlichen Elementes allein nicht zur Nichtigkeit des Vertrags wegen Sittenwidrigkeit führen.

So waren es neben den langdauernden Bierbezugsverpflichtungen mehr die belastenden und den Wirt in seiner wirtschaftlichen Freiheit übermäßig einschränkenden Nebenbestimmungen, die zur Sittenwidrigkeit von Bierlieferungsverträgen führten. War neben einer 10-jährigen Bezugspflicht vereinbart, daß bereits geringfügige Vertragsverletzungen von seiten des Wirtes, wie Zahlungsrückstand für zwei Wochen, unbedeutende Verletzung der Getränkebezugspflicht oder Rückgang des Umsatzes unter ein bestimmtes Minimum, zur Fälligkeit des gesamten Darlehens bei Fortdauer der Getränkebezugspflicht führen sollten, so entsprach dieser Vertrag nicht mehr den guten Sitten ⁷⁾. Heranziehbar für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Vertrags waren auch unverhältnismäßig hohe Strafen für Fremdbierbezug, überhöhte Zinsen für das gewährte Darlehen ⁸⁾ und die Befugnis der bindenden Brauerei, durch andere Brauereien liefern zu lassen, ohne daß der Wirt hierauf Einfluß nehmen konnte ⁹⁾. Als besonders schwerwiegend ins Gewicht fallenden Grund betrachtete es das Reichsgericht ¹⁰⁾, wenn der Wirt eine Schuld seines Vorgängers ohne nennenswerte Gegenleistung der Brauerei übernommen hatte und sich die-

5) RG Recht 1919, Nr 712

6) RG JW 1927, S. 119

7) RG JW 1935, S. 3217

8) RG JW 1930, S. 3471

9) RG JW 1935, S. 3217

10) RG JW 1936, S. 569

se das Recht ausbedungen hatte, die Schuld jederzeit, auch ohne besonderen Grund, kurzfristig fällig zu machen und wenn hohe Tilgungsabgaben in voller Höhe fortzuleisten waren, auch wenn der Umsatz des Wirtes, und damit sein Verdienst, erheblich sinken sollte.

Das Reichsgericht stellte aber auch fest ¹¹⁾, daß es in der Natur der Verhältnisse liege, daß sich mittellose Anfänger oder nicht in günstiger Vermögenslage befindliche Wirte, mit Rücksicht auf das mit der Darlehensgewährung immerhin verbundene Risiko, lästigeren Vertragsbedingungen unterwerfen müßten, als Abnehmer, die für die Rückzahlung größere Sicherheit böten, andererseits, daß die Brauereien in der Lage sein müßten, gerade bei unsicheren Schuldnern die Innehaltung ihrer Verpflichtungen durch scharfe Bestimmungen zu erzwingen. Solche Bestimmungen würden nicht gegen die guten Sitten verstoßen, wenn sie bei groben Verstößen des Schuldners gegen seine Pflichten als berechtigt erscheinen. Gegen Versuche des Gläubigers, sie der Billigkeit zuwider auch in anderen Fällen zur Anwendung zu bringen, schütze den Schuldner die Bestimmung des § 242 BGB. Auch wenn der Gastwirt an sich bei Aufgabe seines Geschäfts zur Erfüllung aller übernommenen Verpflichtungen verbunden sei, würde die gebotene Rücksichtnahme auf Treu und Glauben im Verkehr dahin führen, daß die Brauerei die weitere Bierabnahme nicht verlangen dürfe, wenn der Gastwirt ohne sein Verschulden zur Aufgabe seines Geschäfts gezwungen worden und nicht in der Lage sei, ein anderes Geschäft zu erwerben, in dem er das Bier der betreffenden Brauerei verschänken darf ¹²⁾.

So müsse auch eine Klausel, nach welcher der Brauerei für

11) RGZ 152, S. 251 ff (254)

12) RGZ 152, S. 255

den Fall einer Zuwiderhandlung des Gastwirts gegen seine Verpflichtungen im Vertrag das Recht eingeräumt wird, die Erfüllung seiner sämtlichen Zahlungsverpflichtungen bei Fortdauer der Bierbezugsspflicht zu fordern, unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB gesehen werden. Ist die Geltendmachung der Rechte aus dieser Verfallklausel bei groben Verstößen des Wirts nicht zu beanstanden, so könne der Wirt sich ihr gegenüber jedoch auf § 242 BGB berufen, wenn er beim kleinsten Versehen in der Erfüllung seiner Pflichten oder bei unverschuldeter Nichterfüllung um seine Existenz gebracht werden würde ¹³⁾. Bemesse sich eine Vertragsstrafe bei Fremdbierbezug nach der gesamten, noch nicht abgenommenen Biermindestmenge, so könne diese Vertragsstrafe berechtigt sein, wenn der Gastwirt in großem Umfang seiner Bierbezugsspflicht zuwiderhandle. Bei einem gelegentlichen Fremdbierbezug des Gastwirts würde einer derartigen Berechnungsweise und Einforderung der Vertragsstrafe jedoch die Einrede der Arglist gemäß § 242 BGB entgegenstehen ¹⁴⁾.

Der BGH hat sich der Rechtsprechung des Reichsgerichts ausdrücklich angeschlossen, nach der ein langfristiger Bierbezugsvertrag, bei dem die Bierbezugsverpflichtung mit einer Darlehensabgabe oder einer Zurverfügungstellung des Inventars verbunden ist, grundsätzlich nicht gegen die guten Sitten verstößt und eine Sittenwidrigkeit nur in Ausnahmefällen und nur dann anzunehmen ist, wenn der Vertrag dazu führt, dem Gastwirt seine Selbständigkeit und Unabhängigkeit zu nehmen ¹⁵⁾. In jüngeren Entschei-

13) RGZ 152, S. 257/258

14) RGZ 152, S. 259/260

15) BGH LM Nr 31 zu § 138 (Bb) BGB und die dort aufgeführten Entscheidungen BGH MDR 1952, S. 222; BGH LM Nr 7a zu § 138 (Aa) BGB; BGH LM Nr 10 zu § 242 (Bc) BGB; BGH WM 1970, S. 99

dungen sieht der BGH die Sittenwidrigkeit gegeben, wenn durch die Ausschließlichkeitsbindung die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit und Selbständigkeit des Gastwirts in unvertretbarer Weise eingeengt und er dadurch in eine mit den Anschauungen des redlichen geschäftlichen Verkehrs nicht mehr zu vereinbarende Abhängigkeit zur Brauerei gerät¹⁶⁾. Wann diese Voraussetzungen vorliegen, sei unter Würdigung der schutzwürdigen Interessen beider Vertragspartner nach dem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Motiv und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter des Vertrags zu entnehmen¹⁷⁾. Je länger der Zeitraum sei, für den eine derartige Abnahmeverpflichtung übernommen werde, desto näher liege der Schluß, daß die wirtschaftliche Freiheit des Wirtes in einer Weise beschränkt wird, die den an das Wirtschaftsleben zu stellenden Anforderungen von dem, was billig und gerecht ist, nicht mehr entspreche. Eine zeitliche unbegrenzte ausschließliche Bezugsverpflichtung verstoße daher gegen die guten Sitten¹⁸⁾. Als äußerste Grenze des in einem Ausnahmefall gerade noch Zulässigen hat der BGH eine 20-jährige Bezugsbindung bezeichnet¹⁹⁾.

Im Gegensatz zum Reichsgericht²⁰⁾ hält der BGH²¹⁾ jedoch den § 139 BGB dergestalt für anwendbar, daß ein nur wegen überlanger Dauer nach § 138 Abs 1 BGB nichtiger

16) BGH LM Nr 34 zu § 138 (Bb) BGB, bestätigt durch BGH LM Nr 35 und Nr 36 zu § 138 (Bb) BGB

17) BGH LM Nr 34 zu § 138 (Bb) BGB

18) BGH LM Nr 27 zu § 138 (Bb) BGB

19) BGH LM Nr 31 zu § 138 (Bb) BGB

20) RGZ 76, S. 78; RG JW 1927, S. 119 läßt anklingen, daß durch Auslegung in entsprechender Anwendung der Rechtsgedanken aus §§ 567, 1202, 2044, 2109, 2162, 2163, 2210 BGB eine Verkürzung der Verpflichtung auf 30 (!) Jahre möglich wäre, die es dann u.U. nicht als sittenwidrig betrachten würde

21) BGH LM Nr 34 zu § 138 (Bb) BGB

Bierbezugsvertrag als Vertrag mit einer nicht zu beanstandenden Laufzeit aufrecht erhalten bleibt, wenn die kürzere Laufzeit dem tatsächlichen oder vermuteten Parteiwillen entspricht.

Ist die Durchführung des Vertrags durch außerhalb der Verantwortung des Verpflichteten liegende Umstände erheblich gefährdet und ihm deshalb nicht mehr zuzumuten, so ist, nach Ansicht des BGH, eine Kündigung von Bierbezugsverträgen gemäß § 242 BGB zulässig. Der BGH hat die Kündigung eines langfristigen Bierbezugsvertrages durch den beteiligten Grundstückseigentümer aus wichtigem Grunde dann zugelassen ²²⁾, wenn der Eigentümer nach dem Vertrag nicht selbst zur Führung der Gaststätte, sondern nur zur Nutzung durch Verpachtung verpflichtet ist, aber auf unabsehbare Zeit keine Aussicht besteht, die Gastwirtschaft wieder zu verpachten und die Fortsetzung des Bierbezugsvertrags die wirtschaftliche Existenz des Grundeigentümers nach Lage des Einzelfalles schwer gefährden würde.

22) BGH LM Nr 10 zu § 242 (Bc) BGB

II. Kinowerbeverträge

Die Rechtsprechung des BGH zu den Kinowerbeverträgen schließt an die Rechtsprechung zu den Bierlieferungsverträgen an. Danach verstößt die 10-jährige Verpflichtung eines Filmtheaterunternehmers, die Reklameauswertung einem Filmwerbeunternehmer ausschließlich zu überlassen und ihm in jedem später errichteten oder erworbenen Filmtheater die Reklameauswertung zu den Bedingungen des Erstvertrages anzubieten, nicht gegen die guten Sitten²³⁾. Der Mangel einer Gegenleistung für die Aussicht auf künftige Vertragsobjekte und der daraus resultierende Umstand, daß der Vertrag dem Filmwerbeunternehmer eine günstigere Rechtsstellung einräumt, reiche zur Annahme der Sittenwidrigkeit nicht aus. Die Gefahr einer zeitlich nicht abzu sehenden Bindung, die bei weitgehender Auslegung des Vertrags entstehen könnte, bestehe im übrigen nicht, denn die gebotene Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben würde durch Auslegung auf eine zulässige Vertragsdauer führen. Die Möglichkeit, nach Treu und Glauben einengungsbedürftige Vertragsbestimmungen auf einen zulässigen Inhalt zurückzuführen, stehe der Annahme der Nichtigkeit entgegen²⁴⁾.

Durch Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben kam das OLG Frankfurt²⁵⁾ sogar dazu, das Verlangen auf Einhaltung einer Ausschließlichkeitsklausel für unzulässig zu erklären. Ein Filmtheater war durch die Werbung des Kinowerbeunternehmens nicht ausgelastet worden, eine Schädigung des Werbeunternehmens durch das Hinzutreten eines Konkurrenzunternehmens war nicht ersichtlich, so daß das Gericht ein ausreichendes Interesse des Werbeunternehmers an der Aufrechterhaltung der Ausschließlich-

23) BGH LM Nr 5 zu § 138 (Bc) BGB

24) hier führt der BGH die Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 152, S. 251) fort.

25) OLG Frankfurt WuW/E OLG 611

keitsbindungen verneinte.

III. Abgabebeschränkungen

Die Rechtsprechung über Verträge, die Abgabebeschränkungen beeinhaltend, liegt auf der Linie der Rechtsprechung zu den Bierbezugsbindungen. Das Reichsgericht ²⁶⁾ hatte einen Vertrag nicht als gegen die guten Sitten verstoßend betrachtet, in dem sich ein Hersteller verpflichtet hatte, den Vertrieb seiner gesamten Erzeugnisse für die Dauer von mindestens zwei Jahren einem anderen Unternehmen zu überlassen und bei Kündigung des Vertrags für weitere drei Jahre eine Abgabe von 10% bei Geschäften mit während der Vertragsdauer erworbenen Kunden zu leisten.

Hatte sich ein Hersteller jedoch auf zehn Jahre vertragsmäßig verpflichtet, den größten Teil seines Vertriebes einem andern Unternehmer zu überlassen und durfte er nahezu keine eigenen Verkaufsgeschäfte mehr tätigen, ohne daß dem eine entsprechende Bezugspflicht des anderen Vertragsteils gegenüberstand, so erachtete das Reichsgericht ²⁷⁾ einen derartigen Vertrag als sittenwidrigen Knebelungsvertrag für nichtig. Ebenso betrachtete das Reichsgericht ²⁸⁾ eine anlässlich einer Vermittlung getroffene Abrede für sittenwidrig, wonach alle künftigen Aufträge nur durch den Vermittler entgegengenommen werden dürften.

Nach Meinung des BGH ²⁹⁾ ist es mit Treu und Glauben vereinbar, wenn von einem Gastwirt, der sich dazu verpflichtet, eine Gaststätte als "bürgerliche Bierwirtschaft" zu führen, verlangt wird, nur vier Sorten Kuchen anzubieten

26) RG SeuffA 79 Nr 3

27) RG Recht 1918 Nr 1656

28) RG JW 1917, S. 966

29) BGH LM Nr 5 zu § 157 (Ge) BGB

und auf das Angebot von Speiseeis und Milchmischgetränken zu verzichten.

IV. Wettbewerbsverbote

Bezüglich der Wettbewerbsverbote hatte das Reichsgericht in einem Urteil aus dem Jahre 1910 ³⁰⁾ die Meinung vertreten, es verstoße nicht gegen die guten Sitten, wenn einem Sprachlehrer von der Berlitz-School ein 10-jähriges Verbot auferlegt werde, in Städten, in denen bereits eine Berlitz-School bestehe, eine Sprachenschule zu gründen oder geldliche Interessen in einer Sprachenschule zu haben.

Der BGH ³¹⁾ stellte den Grundsatz auf, daß die Beschränkung, die dem durch das Wettbewerbsverbot Verpflichteten auferlegt wird, nicht zu einer unangemessenen Einschränkung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit führen dürfe. Das bedeute, daß die Beschränkung einerseits auf keinen Fall über die schutzwerten Interessen des durch das Wettbewerbsverbot Berechtigten hinausgehen dürfe, und daß andererseits zugleich die Interessen des Verpflichteten an seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit in einer billigen und sachgerechten Weise Beachtung finden müßten. Dieser so gebotene Interessenausgleich könne nur unter einer umfassenden Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des einzelnen Falles, insbesondere auch unter Berücksichtigung des Anlasses für die Vereinbarung des Wettbewerbsverbotes vorgenommen werden. Ein Wettbewerbsverbot mit der Verpflichtung eines aus einer oHG ausscheidenden Gesellschafters, für 10 Jahre in dem Gebiet von Groß-Hamburg keinen Konkurrenzbetrieb zu unterhalten, sich nicht

30) RG Gruchot 54, S. 892

31) BGH BB 1957, S. 202

an einem solchen zu beteiligen oder als Angestellter eines solchen zu betätigen, sei daher wirksam.

In Fortführung dieser Rechtsprechung meinte der BGH ³²⁾, daß der aus einem Wettbewerbsverbot Berechtigte die Ausschaltung des Verpflichteten nicht für eine längere Zeit beanspruchen könne, als ihm durch die geschäftlichen Beziehungen des Verpflichteten eine Konkurrenz drohe. Ein unbegrenztes Verbot, an einem Ort eine Apotheke zu betreiben, sei daher auf eine Zeit von drei Jahren zu begrenzen.

Nach den gleichen Grundsätzen sieht der BGH in einer jüngeren Entscheidung ³³⁾ ein zeitlich unbeschränktes Wettbewerbsverbot des Veräußerers eines abgegrenzten Unternehmensteils nicht als unbillige Beschränkung dessen Bewegungsfreiheit an, wenn der Veräußerer in einem gegenständlich nahen Bereich weiter tätig ist.

V. Verwendungsbeschränkungen

Ein Vertrag, der zum Teil Ausschließlichkeitscharakter trug, und zum Teil Verwendungsbeschränkungen beinhaltete, lag einem Urteil des Reichsgerichts zugrunde ³⁴⁾. Ein Unternehmen, das Schuhmaschinen herstellte, hatte in Verträge über die Vermietung von Schuhmaschinen mit einer Schuhfabrik Bestimmungen aufgenommen, nach denen der Mieter verpflichtet war, die gemieteten Maschinen bis zur völligen Ausnutzung ihrer Leistungsfähigkeit für alle in seinem Betrieb vorkommenden Arbeiten, die damit ausgeführt werden konnten, zu benutzen. Weiterhin durfte der Mieter in dem Raum, in dem die Maschine stand, kein Schuhwerk

32) BGH NJW 1964, S. 2203

33) BGH WuW/E BGH 1317 ("Müllabfuhr")

34) RGZ 165, S. 1 ff

mit anderen Maschinen bestimmter Art bearbeiten als solchen, die er vom Vertragsgegner gemietet hatte. Und schließlich durfte der Mieter die gemieteten Maschinen nur zur Verarbeitung solchen Schuhwerks benutzen, bei dessen Herstellung keine anderen Maschinen bestimmter Art Verwendung gefunden haben und finden werden als die Maschinen des Vertragsgegners. Die Laufzeit des jeweiligen Vertrags betrug 20 Jahre.

Das Reichsgericht anerkannte zwar, daß diese Bestimmungen dazu führen konnten, daß der Mieter immer neue Verträge abschließen oder laufende Verträge verlängern mußte und daß er so in eine enge Bindung zu dem Vermieter gelangen konnte, die aus sich heraus niemals enden würde. Es war aber in Fortführung seiner ständigen Rechtsprechung ³⁵⁾ der Meinung, daß eine Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit nicht ohne weiteres sittenwidrig sei, daß es dabei vielmehr auf die Beurteilung der gesamten Umstände ankomme, wobei die Belange beider Vertragsteile zu berücksichtigen seien. Es anerkannte eine gewisse Berechtigung der Benutzungs-, Raum- und Verkettungsklauseln, berücksichtigte, daß die Verträge bei Zahlung einer vertretbaren Abfindungssumme vorzeitig gekündigt werden konnten und kam letzten Endes zu dem Ergebnis, daß die Verträge eine sittenwidrige Knebelung nicht herbeigeführt hätten.

35) RGZ 130, S. 143; RGZ 152, S. 251 ff (257)

VI. Koppelungsvereinbarungen

Die Koppelung zweier verschiedener Rechtsgeschäfte allein verstößt auch dann, wenn die Koppelung rechtspolitisch unerwünscht ist, wie die zwischen Wohnungsvermittlung und Möbelkauf, nach Ansicht des BGH ³⁶⁾ nicht gegen die guten Sitten. Sittenwidrigkeit könne erst durch Hinzutreten weiterer Umstände eintreten. Wie zum Beispiel durch eine Vertragsbestimmung, die den einen Teil auch dann zum Möbelkauf verpflichtete, wenn er durch eigenes Bemühen eine Wohnung anmietete ³⁷⁾. Oder, nach Ansicht des LG Essen ³⁸⁾, wenn durch eine prekäre Situation auf dem Wohnungsmarkt, verbunden mit der Notwendigkeit, baldigst eine Wohnung zu finden, eine Zwangslage für den Wohnungssuchenden entstanden sei, die der andere Teil ausnutze.

Ebenso läßt sich nach Ansicht des OLG Düsseldorf ³⁹⁾ ein sittenwidriger Eingriff in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des einen Teils nicht allein aus der Koppelung von Nutzungsüberlassung einer Gaststätte und einer Bierbezugsverpflichtung entnehmen. Es komme vielmehr auf die übrigen Vertragsbestimmungen an.

36) BGH LM Nr 30 zu § 138 (Bb) BGB

37) BGH a.a.O. Der BGH beschränkte die Sittenwidrigkeit jedoch auf die einzelnen Vertragsbestimmungen und hielt den übrigen Vertrag gemäß § 139 BGB aufrecht.

38) LG Essen, BB 1963 S. 1315

39) WuW/E OLG 1005 ff (1011)

VII. Zusammenfassung und Schlußbetrachtung

Versucht man die Rechtsprechung der Obergerichte zu den wettbewerbsbeschränkenden Verträgen, wie sie in § 18 GWB geregelt sind, im Hinblick auf den Schutz des gebundenen Vertragsteils durch die §§ 138 und 242 BGB insgesamt zu betrachten, so ergibt sich folgendes Bild: Die Rechtsprechung geht von dem Standpunkt aus, daß Verträge gehalten werden müssen, und zwar auch Verträge, die für einen Teil belastende Bestimmungen beinhalten. Eine Nichtigkeitsklärung von Verträgen unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit läßt die Rechtsprechung nur zu, wenn sich für einen Vertragsteil eine übermäßige Härte ergibt, wenn er derart drückenden Beschränkungen unterworfen ist, daß die Aufhebung der wirtschaftlichen Selbständigkeit droht. Die jüngere Rechtsprechung des BGH zu den Ausschließlichkeitsbindungen bei Bierbezugsverträgen geht insofern etwas weiter, als sie es als sittenwidrig ansieht, wenn die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Gebundenen in unvertretbarer Weise eingeengt ^{wird} und er dadurch in eine mit den Anschauungen des redlichen geschäftlichen Verkehrs nicht mehr zu vereinbarende Abhängigkeit zu dem Binder gerät ⁴⁰⁾.

Es waren also nur sehr einschneidende Belastungen, die zur Nichtigkeit eines Vertrags führten. Der mit einer Anwendung des § 138 BGB verbundene Vorwurf der Sittenwidrigkeit mag die Gerichte im übrigen vielfach davon abgehalten haben, die Bestimmungen auf Tatbestände anzuwenden, die zwar nach Abhilfe verlangen, bei deren überwiegend wirtschaftlicher Ausrichtung dieser Vorwurf indes unge rechtfertigt erscheinen mußte ⁴¹⁾.

Die Befreiung des Verpflichteten von seinem drückenden

40) vgl oben S.117 f

41) Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen ...,

Vertrag gemäß § 138 BGB wird aber auch durch die Anwendung des § 242 BGB im Ergebnis nicht erleichtert, sondern eher erschwert. Die Rechtsprechung war der Ansicht ⁴²⁾, daß einengungsbedürftige Vertragsbestimmungen, die nach § 242 BGB auf einen zulässigen Inhalt zurückgeführt werden können, nicht in der Lage sind, die Nichtigkeit des Vertrags herbeizuführen. Dem Verpflichteten wird durch die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben somit die Möglichkeit entzogen, sich über § 138 BGB eines eventuell immer noch sehr nachteiligen Vertrags zu entledigen.

Ein anderer Gesichtspunkt des § 242 BGB ist allerdings geeignet, Schutzwirkung für den gebundenen Vertragsteil zu entwickeln. Wie bei anderen Dauerschuldverhältnissen hat die Rechtsprechung auch bei Verträgen iSd § 18 GWB eine Kündigung gemäß § 242 BGB aus wichtigem Grund zugelassen ⁴³⁾, nämlich dann, wenn die Durchführung des Vertrags durch außerhalb der Verantwortung der Verpflichteten liegende Umstände erheblich gefährdet und ihm deshalb nicht mehr zuzumuten war.

Die Zerlegung eines langjährigen Vertrags in einen Teil mit angemessener Vertragsdauer und einen Teil mit sittenwidriger Überlänge gemäß den §§ 138, 139 BGB ⁴⁴⁾ führt im Ergebnis dazu, daß die Schutzwirkung des § 138 BGB eingeschränkt wird. Der gebundene Vertragsteil kann sich nicht von dem eventuell doch belastenden Vertrag in seiner Gesamtheit befreien. Der Berechtigte kann den Vertrag in jedem Falle teilweise ausnutzen; er geht praktisch kein Risiko ein, wenn er einen Vertrag mit sittenwidriger Überlänge abschließt. Scheut der Gebundene die Ungewißheit und die Kosten eines Rechtsstreits, so kann es dem Berech-

42) vgl oben S. 116

43) vgl oben S. 119

44) vgl oben S. 120

tigten nur recht sein. Wagt der Gebundene den Weg zum Gericht, so muß der Berechtigte allein mit der zeitlichen Einschränkung des Vertrags rechnen.

Es erweist sich also, daß die Bestimmungen des BGB nur sehr bedingt in der Lage sind, den Schutz des gebundenen Vertragsteils bei Verträgen iSd § 18 GWB in so ausreichendem Maße zu gewährleisten, wie es in vielen Fällen wünschenswert wäre, zumal da der Berechtigte in den meisten Fällen als der wirtschaftlich Stärkere die Vertragsbedingungen diktieren kann. Die Macht des wirtschaftlich Starken wird von den Gerichten nur am Rande berücksichtigt. Sie gehen von der Voraussetzung aus, daß sich die beiden Vertragspartner vor Vertragsabschluß als ebenbürtig gegenüberstehen. Den tatsächlichen Verhältnissen des Wirtschaftslebens wird jedoch eine derartige Betrachtungsweise nicht gerecht.

Das BGB geht in seiner Vertragslehre von den Prinzipien der liberalen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung ⁴⁵⁾ aus, die voraussetzt, daß im Rechtsverkehr jeder für die Wahrung seiner Interessen selbst sorgen kann und soll. Die absolute Vertragsfreiheit, die als Schranken nur den Verstoß gegen ein Gesetz oder gegen die guten Sitten kennt, ist für dieses Ordnungsverständnis das adäquate Mittel zur Regelung der Beziehung der Rechtssubjekte zueinander. Die Vertragsfreiheit nach dem Verständnis des BGB vermag ihre ordnende Kraft jedoch nur dann voll zu entfalten, wenn sich Rechtssubjekte von relativ gleicher Macht oder relativ gleicher Machtlosigkeit gegenüberstehen ⁴⁶⁾. Dies aber ist in der heutigen Wirtschaftswirklichkeit nur zu oft nicht der Fall.

45) Raiser, JZ 1968, S. 1 ff (2)

46) Nestmacker, JZ 1964, S. 441 ff (443)

C. Erforderlichkeit der Einbeziehung des Individual-
schutzes für den gebundenen Vertragsteil

I. Hilfe für die wettbewerbliche Freiheit des gebundenen
Vertragsteils

Angesichts des nicht ausreichenden Schutzes, der den auf Grund von Verträgen iSd § 18 GWB Gebundenen durch die Vorschriften des BGB zuteil wird, stellt sich die Frage, ob und inwieweit das GWB selbst diesen Schutz gewähren sollte. Die Unternehmen, die durch Verwendungsbeschränkungen, Ausschließlichkeitsbindungen, Vertriebsbindungen und Koppelungsvereinbarungen vertraglich verpflichtet sind, erleiden oft übermäßige Einschränkungen ihrer Wettbewerbsfreiheit. Die genannten Verträge sind zwar nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit für zulässig zu halten. Doch schon die Begründung zum Regierungsentwurf ¹⁾ eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen stellte die Frage, ob man in derartigen Fällen noch von einer wirklichen Vertragsfreiheit im materiellen Sinne sprechen könne oder ob es nicht im Interesse der Wettbewerbsfreiheit angebracht sei, zum Schutz des wirtschaftlich Schwachen diese "Vertragsfreiheit" einzuschränken. Eine wirkliche "Freiheit", den Vertragspartner zu bestimmen, läge nur noch im formellen Sinne vor. Eine der Parteien habe ein Monopol oder jedenfalls ein entscheidendes wirtschaftliches Übergewicht: Der Fabrikant hat die Ware, der Vermieter die ausschließlich von ihm hergestellten Maschinen.

Auch wenn man nicht so weit gehen kann zu sagen, daß die materielle Vertragsfreiheit bei Verträgen zwischen Unternehmen in unserer Wirtschaftsordnung grundsätzlich fehlt, so läßt sich doch feststellen, daß das wirtschaftliche

1) BT-Drucksache, 2. Wahlp./1158, abgedr. im Gem.Komm.

1.A. S. 1057 ff (1066)

Übergewicht sehr oft bei dem einen Teil liegt, der dann die Vertragsbestimmungen diktieren kann. Eine derartige Situation ist insbesondere bei den Beteiligten von Verträgen iSd § 18 GWB des öfteren gegeben. Ein Blick in die Tätigkeitsberichte des BKartA erweist, daß sich der schwachere Teil nicht immer dem rigorosen Vertragsdiktat des wirtschaftlich Starken entziehen kann.

So etwa²⁾, wenn ein führender Hersteller von Bestecken, Tafelgeräten und rostfreiem Kochgeschirr von Händlern, die seine außerordentlich bekannten Bestecke führen wollen, den Bezug seines gesamten Produktionsprogrammes verlangt, die Belieferung vom Erreichen einer bestimmten Mindestmenge abhängig macht und in Einzelfällen Händler mit der Drohung, sie würden nur beliefert, wenn sie auf Lieferungen anderer Hersteller verzichteten, zu entsprechenden Zusagen veranlaßt.

Ahnlichem Druck sahen sich Tankstellenwarte von ihren im Verhältnis noch mächtigeren Partnern, den Mineralölgesellschaften ausgesetzt³⁾. Die Mineralölgesellschaften verpflichteten die Tankwarte neben den Treibstoffen auch die Schmier- und Pflegemittel ausschließlich bei ihnen zu beziehen. Ohne auf die Probleme einzugehen, die sich daraus ergeben, daß die Tankwarte bezüglich des Treibstoffverkaufs oft als Handelsvertreter für die Mineralölgesellschaften und nur zum Teil als Eigenhändler tätig sind⁴⁾, läßt sich feststellen, daß die Mineralölgesellschaften die Ausschließlichkeits- und Koppelungsbindungen für Schmierstoffe und Pflegemittel nur auf Grund ihres wirtschaftli-

2) BKartA Tätigkeitsbericht 1966, BT-Drucksache V/1950, S.43 f

3) BKartA Tätigkeitsbericht 1967, BT-Drucksache V/2841, S.38 f

4) vgl hierzu BKartA Tätigkeitsbericht 1967, a.a.O. S.39 f;
BKartA Tätigkeitsbericht 1968, BT-Drucksache V/4236, S.24 ff
BGH WuW/E BGH 877; Rittner, Die Wettbewerbsverbote der Handelsvertreter, in ZHR 135 (1971), S. 289 ff

chen Übergewichts und des Abhängigkeitsverhältnisses der Tankstellenwarte durchsetzen konnten.

Ein Unternehmen, das Jagd- und Sportmunition herstellt und bei einigen Munitionsarten marktbeherrschend ist, machte es im Zuge der Umgestaltung seines Vertriebssystems den Facheinzelhändlern zur Auflage⁵⁾, daß sie Munition anderer Hersteller nur als Ergänzung des von dem Unternehmen angebotenen Sortiments führen durften. Da das Unternehmen nahezu alle Munitionstypen für Jäger und Sportschützen herstellte, handelte es sich bei der Vereinbarung faktisch um eine Ausschließlichkeitsbindung hinsichtlich des gesamten Munitionsbezugs. Die Händler sahen sich gehindert, gleichartige Munition bei anderen Anbietern zu beziehen und so mögliche Preisvorteile zu erzielen, wenn sie nicht auf Lieferungen des zum Teil marktbeherrschenden Unternehmens ganz verzichten wollten.

Ein weiteres Beispiel für das Ausnutzen von Marktmacht durch übermäßiges Einengen der wirtschaftlich unterlegenen Vertragspartner ist das Blockbuchen im Filmverleihgeschäft⁶⁾. Ein ausländisches Großverleihunternehmen hatte einen Erfolgsfilm nur im Block mit insgesamt 20 gleichzeitig zu buchenden Spielfilmen in zwei Teilstaffeln angeboten. Vom Besteller, der nur an dem einen zugkräftigen Film interessiert war, war die Belegung mit 10 Sonn- und Feiertagsterminen, sowie 10 Wochentagsterminen verlangt worden. Der befragte Theaterbesitzer bezeichnete das Blockbuchen von 20 Filmen, noch verschärft durch den Buchungszwang von allein 8 Sonntagsterminen, bei insgesamt nur 52 Sonntagsterminen im Jahr, als eine für ihn ruinöse Einengung seiner Abspielbasis.

5) BKartA Tätigkeitsbericht 1970, BT-Drucksache VI/2380, S.62 f

6) BKartA Tätigkeitsbericht 1968, BT-Drucksache V/4236, S.78

Zuletzt sei noch das Beispiel einer einengenden Vertragsregelung aufgeführt, die sich wirtschaftlich besonders nachteilig für die gebundenen Unternehmen auswirkte ⁷⁾. Der Veranstalter einer internationalen Werkzeugmaschinen-Ausstellung hatte die Zulassung von Unternehmen als Aussteller von einer Verpflichtung abhängig gemacht, nach der Aussteller die von ihnen erzeugten Werkzeugmaschinen im selben Jahr nur auf der Werkzeugmaschinen-Ausstellung, nicht auch auf einer anderen, in der Bundesrepublik stattfindenden Messe oder Ausstellung zeigen durften. Wie von dem beschwerdeführenden Unternehmen vorgetragen wurde, ergaben sich aus dieser Zulassungsregelung erhebliche wirtschaftliche und wettbewerbliche Nachteile.

Die aufgeführten Fälle mögen genügen, um darzutun, daß eine Hilfe für die Wettbewerbsfreiheit der gebundenen Unternehmen in vielen Fällen notwendig ist. Die Verfahren wurden eingeleitet, auf Grund eines Verdachts auf unbillige Marktzugangsbeschränkung oder wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung gem. § 18 und zum Teil wegen Verdachts auf Diskriminierung gem. § 22 iVm § 26 Abs 2. Fast alle Verfahren wurden eingestellt, nachdem die bindenden Unternehmen das beanstandete Verhalten abgestellt oder eine entsprechende Versicherung abgegeben hatten. Das Verfahren gegen die Mineralölgesellschaften wurde hinsichtlich der Schmiermittel nach längeren Marktforschungen seitens des Bundeskartellamtes lediglich aus Sachverhaltsgründen eingestellt ⁸⁾. Es läßt sich demnach nicht verkennen, daß die Verfahren zum überwiegenden Teil einen für die gebundenen Unternehmen positiven Ausgang nahmen. Eine Verfügung mit individualschützender Wirkung zugunsten der Gebundenen hätte gem. § 18⁹⁾ jedoch

7) BKartA Tätigkeitsbericht 1969, BT-Drucksache VI/950, S. 58

8) WuW 1973, S. 244

9) in der bis zur Novelle 1973 geltenden Fassung, jetzt § 18 Abs 1 Buchst b und c

nicht ergehen können. Für sie wäre die ihnen zugute kommende Wirkung nur Rechtsreflex, da Schutzsubjekt bei Verfügungen gemäß § 18 ⁹⁾ nur Dritte hinsichtlich des Marktzutritts und der Wettbewerb als Institution sein können. Diese Kartellbehördlichen Maßnahmen sind gemäß § 18 ⁹⁾ aus dem Blickwinkel des Gebundenen aber erst dann möglich, wenn sich die Bindung so massiv auswirkt, daß der Wettbewerb wesentlich beeinträchtigt oder der Marktzugang für dritte Unternehmen unbillig beschränkt ist. Doch ist hier nach dem Gesetz die Zielrichtung des kartellbehördlichen Eingreifens eben nicht die Wettbewerbsfreiheit des gebundenen Unternehmens. Andererseits läßt die von der Kartellbehörde gegebene Begründung für die Beanstandungen zum Teil durchaus erkennen, daß sie als zu schützende zumindest auch die gebundenen Unternehmen ansieht, wenn es nicht das Ziel des Einschreitens überhaupt war, den gebundenen Unternehmen über die Hintertür der unbilligen Marktzugangsbeschränkung zu einem Schutz nach § 18 zu verhelfen. So etwa, als sie in der Begründung der Verfügung im Verfahren hinsichtlich der Kraftfahrzeugpflegemittel ausführte ¹⁰⁾, daß bei der Interessenabwägung, ob sich die Beschränkung des Zugangs zum Pflegemittelmarkt für die übrigen Anbieter als unbillig darstelle, das Interesse daran entscheidend ins Gewicht falle, daß die wirtschaftliche Abhängigkeit der Tankstellenpächter gegenüber den Mineralölgesellschaften nicht noch weiter verstärkt werde. In dem Verfahren gegen den Hersteller von Jagd- und Sportmunition ¹¹⁾ stell-

9) in der bis zur Novelle 1973 geltenden Fassung, jetzt § 18 Abs 1 Buchst. b und c

10) BKarta Tätigkeitsbericht 1968, BT-Drucks. V/4236, S. 36; das Verfahren wurde später eingestellt, weil die Mineralölgesellschaften die Bindungen beseitigt hatten, vgl. BKarta Tätigkeitsbericht 1970, BT-Drucks. VI/2300, S. 49

11) vgl oben S. 131

te das BKartA zunächst fest, daß die Verpflichtung der Einzelhändler, fremde Munition nur zu führen, wenn sie zur Ergänzung notwendig sei, eine unbillige Marktzugangsbeschränkung iSd § 18 Satz 1 Ziff. 2 darstelle, weil das Unternehmen nahezu alle Munitionstypen für Jäger und Sportschützen herstelle. Das BKartA fährt sogleich fort, "um diesen A b n e h m e r n die Möglichkeit zu erhalten, ungehindert gleichartige Munition von Dritten zu beziehen", waren die Einzelhändler durch das Unternehmen zu unterrichten, daß sie Konkurrenzzeugnisse unbeschränkt führen könnten.

Die angeführten Verfahren beschäftigten die Kartellbehörde noch vor Erlaß der Novelle 73. Sie wurden lediglich zitiert, um darzutun, daß das Wirtschaftsleben dem § 18 unterfallende Bindungssituationen kennt, die grundsätzlich nach einer Abhilfe im Interesse der gebundenen Vertragsteile verlangen. Ob und inwieweit mit der Novelle 73 hier Abhilfe geschaffen wurde, wird noch zu erörtern sein.

II. Kostenfreiheit für den gebundenen Vertragsteil

Will sich ein iSd § 18 gebundenes Unternehmen von dem Vertrag ganz oder teilweise lösen, so hat es, sofern Verhandlungen mit dem anderen Vertragsteil nicht zu dem gewünschten Ergebnis führen, nach den bürgerlich- und zivilprozeßrechtlichen Vorschriften nur die Möglichkeit, einen Prozeß anzustrengen. Da der Ausgang eines derartigen Rechtsstreits regelmäßig nicht vorhergesagt werden kann, muß das Unternehmen damit rechnen, nach den Prinzipien der §§ 91 ff ZPO ganz oder teilweise zur Tragung der Kosten herangezogen zu werden. Diese Kostentragungspflicht wird für wirtschaftlich schwächere Unternehmen eine erhebliche Belastung darstellen und das Risiko, am Ende die Kosten tragen zu müssen, wird viele Unternehmen davon abhalten, die Befreiung von der Bindung auf gerichtlichem Wege zu suchen ¹⁾.

Könnte die Befreiung von der Bindung durch ein kartellbehördliches Tätigwerden erreicht werden, so würden hierdurch für das gebundene Unternehmen kein Kostenrisiko entstehen. Es liegt nahe, die Kostenfreiheit als eigenständiges Argument für die Einbeziehung des Individualschutzes der gebundenen Unternehmen in das GWB anzuführen ²⁾. Dabei ist jedoch zu bedenken, daß es sich bei der Kostenregelung des Zivilprozeßrechts um eine gewachsene Regelung handelt ³⁾. Sie wird in erster Linie von dem auf Billigkeitserwägungen beruhenden Gedanken getragen, daß in einem Prozeß die unterliegende Partei die Kosten zu tragen hat.

1) Ähnlich Witthuhn, Die Ausgestaltung der privaten Klage ..., S. 80 f; ausführlich Fechner, JZ 1969, S. 349 ff

2) vgl. Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB vom 20.3.1970, BMW I B 5 - 21 13 53 -, Begründung S. 73

3) Blomeyer, Zivilprozeßrecht, S. 730

Ein kostenfreies kartellbehördliches Amtsverfahren ist aber dann vertretbar, wenn der eine Teil in seiner Entscheidung nicht frei war, weil er sich in einem Abhängigkeitsverhältnis zu dem anderen Vertragsteil befand, welches dieser dazu benützte, Druck auf jenen auszuüben und den Vertrag zu diktieren. In diesen Fällen wird es sich bei dem übermäßig gebundenen meist um ein, jedenfalls im Verhältnis zu seinem Vertragspartner, wirtschaftlich schwächeres Unternehmen handeln. Das Kostenrisiko hätte dann wohl oft zur negativen Folge, daß das übermäßig gebundene Unternehmen darauf verzichtet, einen Versuch zur Befreiung aus dieser Bindung zu wagen. In dieser Situation ist das kostenfreie kartellbehördliche Verfahren als angemessene Hilfe zu bejahen.

III. Nutzbarmachung des Eigeninteresses einzelner Unternehmen bei der Erhaltung und Förderung des Wettbewerbs

Im Kartellrecht sind zwei Prinzipien verankert: einerseits der Schutz des Wettbewerbs als allgemeines Ordnungsprinzip im Interesse der Allgemeinheit und andererseits der Schutz des einzelnen am Wettbewerb beteiligten Individuums um seiner selbst willen. Diese Prinzipien sind jedoch nicht ohne jede Beziehung zueinander. Der Schutz des Wettbewerbs bringt einen Schutz der Wettbewerbsfreiheit von Marktteilnehmern mit sich, indem er andere Marktbeteiligte durch Einflußnahme auf ihre Vertragsfreiheit und ihre sonstige wirtschaftliche Handlungsweise zum Wettbewerb zwingt. Der Schutz des einzelnen kann andererseits neben positiven Ergebnissen für das Wirtschaftsindividuum auch förderliche Wirkungen auf die Wettbewerbsordnung ausüben und ihrer Durchsetzung dienen. Ob das Interesse des einzelnen, seinen Schutz zu aktivieren, notwendigerweise zu positiven Auswirkungen auf den Wettbewerb führt, kann indes nicht ohne weiteres mit Sicherheit gesagt werden.

K a h r s ¹⁾ sieht, mit Blick auf die US-amerikanische Rechtspraxis, die Einsetzung zivilrechtlicher Ansprüche bei der Verletzung des Diskriminierungsverbots zur Durchführung wirtschaftspolitischer Zwecke als fragwürdig an. Da eine Diskriminierung auch wettbewerbsfördernd wirken könne, sei eine private Klage deshalb besonders gefährlich, weil sie auf wirtschaftspolitische Belange keine Rücksicht zu nehmen brauche.

Ebenfalls unter Heranziehung US-amerikanischer Erfahrungen ist M a i l ä n d e r ²⁾ der Meinung, daß das Eigeninter-

1) Kahrs, Zivilrechtliche Ansprüche auf Grund einer Verletzung des Diskriminierungsverbots, S.132 f

2) Mailander, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, S.119 ff und S.167

esse des Privatklägers einen unersetzlichen Beitrag zur Offenlegung von Kartellverstößen leiste und seine Mitwirkung bei der effektiven Vollstreckung der von Staats wegen durchgesetzten Verurteilungen wettbewerbswidrigen Verhaltens erwiesen sei. S t e i n d o r f f ^{2a)} mißt den privatrechtlichen Rechtsbehelfen neben den öffentlichrechtlichen Sanktionen eine dem einheitlichen wirtschaftsrechtlichen Zweck "dienende Funktion" zu.

Um die Wirkung des Eigeninteresses der durch Verträge iSd § 18 Gebundenen auf die wettbewerbliche Ordnung festzustellen, ist es notwendig, die Konsequenzen sichtbar zu machen, welche sich aus der Lösung eines Vertrages iSd § 18 für den Wettbewerb ergeben können. Das unmittelbare Ziel des gebundenen Vertragsteils wird regelmäßig nicht die Befriedigung von Schadensersatzansprüchen sein, sondern er wird in erster Linie nach der Lösung des ihn beschränkenden Vertrages trachten.

Ist bei einem Vertrag, der Verwendungsbeschränkungen iSd § 18 Abs 1 Nr 1 enthält, der eine Teil in der Verwendung anderer Waren oder gewerblicher Leistungen beschränkt, so hat er nach Auflösung der Bindung die Möglichkeit, andere Waren beliebig zu verwenden. Hierdurch wird sich seine Nachfrage potentiell ausdehnen, was eine Belegung des Wettbewerbs zur Folge hat. Bei Beschränkungen hinsichtlich der gelieferten Waren oder gewerblichen Leistungen kann sich ebenfalls durch eine Auflösung der Bindung eine positive Wirkung auf den Wettbewerb ergeben. Das ist z.B. dann der Fall, wenn die gelieferte Maschine zu allen mit ihr durchführbaren Arbeiten verwendet werden muß oder wenn im gesamten Arbeitsgang, in dem Maschinen anderer Herkunft verwendet werden, welche der Vertragspartner auch anbietet, die Maschine des Lieferanten nicht eingesetzt werden darf. Eine derartige Regelung bewirkt den intensiven Einsatz der Maschinen des Lieferanten³⁾. Nach Auflösung der Bindung kann der gebundene Vertragsteil vermehrt andere Maschinen einsetzen, sein Nachfragepotential verlagert sich teil-

2a) in Festschrift für Raiser, S. 621 ff (638 f); vgl. auch ders. in ZHR 138 (1974), S. 504 ff (509 ff); Witthuhn, Die Ausgestaltung der privaten Klage ..., S. 86 ff; J. Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik ..., S. 388 ff; neuerdings K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht ..., S. 328 ff

3) vgl. den oben S. 123 angeführten Fall RGZ 165, S. 1 ff

weise auch auf andere Lieferer und führt so zu einer Belebung des Wettbewerbs.

Bei Ausschließlichkeitsbindungen ist eine einengende Wirkung auf den Wettbewerb immer vorhanden, weil der gebundene Vertragsteil als Nachfrager oder Anbieter ausfällt, solange die Bindung wirksam ist. Wird die Bindung beseitigt, so ist umgekehrt eine wettbewerbsintensivierende Wirkung stets vorhanden, die in Relation zu dem frei werdenden Potential steht. Eine Wettbewerbsintensivierung ist sogar dann vorhanden, wenn ein ausschließlicher Bierbezugsvertrag zwischen einer Brauerei und einem Gastwirt gelöst wird und der Gastwirt später bei einer anderen Brauerei eine ausschließliche Bierbezugsverpflichtung eingeht⁴⁾. Der Gastwirt kann, gelöst von der alten Bindung, verschiedene Angebote prüfen und interessierte Brauereien werden sich genötigt sehen, durch jeweils bessere Angebote in Wettbewerb zu treten.

Vertriebsbindungen wirken sich dahingehend aus, daß der gebundene Vertragsteil die gelieferten Waren nur an bestimmte Dritte weiterliefern darf oder er bestimmte Dritte nicht beliefern darf. Nach einer Aufhebung der Bindung können die bislang von der Belieferung ausgeschlossenen Dritten als Nachfrager und insbesondere, auf der nachgeordneten Wirtschaftsstufe, als Anbieter der gleichen Ware auftreten. Durch die Vergrößerung der Anbieterzahl ergibt sich eine Intensivierung des Wettbewerbs. Durch das Eigeninteresse des gebundenen Vertragsteils an der Lösung der Bindung wird so der Wettbewerb sowohl auf dem Markt beflügelt, auf dem er selbst anbietet, als auch auf dem nachgeordneten Markt.

Durch die Auflösung von Koppelungsvereinbarungen erscheint der zuerst gebundene Vertragsteil als freier Abnehmer auf dem Markt der "gekoppelten" Waren oder gewerblichen Leistun-

4) z.A. Benisch, WRP 1970, S. 370

gen, und der Absatz des bindenden Unternehmens ist im Hinblick auf diese Leistungen nicht mehr im gleichen Maße gesichert, es muß sich also vermehrt dem Wettbewerb stellen. Eine Intensivierung des Wettbewerbs auf dem Markt für diese Leistungen ist die Folge.

Die Auflösung von Bindungsverträgen iSd § 18, das vom Eigeninteresse des Gebundenen meist angestrebte Ziel, zeitigt also, wie sich ergibt, förderliche Wirkungen auf den Wettbewerb. Dabei soll nicht übersehen werden, daß es sich hier um Feststellungen handelt, wie sie im Regelfall zutreffend sein werden. Es sind auch Fallgestaltungen denkbar, in denen die Auflösung des Bindungsvertrages keine positiven Wirkungen auf den Wettbewerb ausübt. Eine solche Situation liegt etwa dann vor⁵⁾, wenn auf einem Markt mit Angebotsüberhang und daraus resultierendem scharfem Wettbewerb ein Großhändler die ihm auferlegte Absatzbindung aufzulösen trachtet, weil ihm das territorial abgegrenzte Absatzgebiet zu klein geworden ist. Bei der Beurteilung der Wirkung des Eigeninteresses der gebundenen Unternehmen können derartige Sonderfälle außer Betracht bleiben, da sie das Gesamtbild nicht beeinträchtigen. Zudem ist auch in diesem Fällen kaum denkbar, daß sich das Eigeninteresse negativ auf den Wettbewerb auswirkt.

5) in Anlehnung an ein von Benisch a.a.O. (4) angeführtes Beispiel

IV. Individualschutz und administrative Erleichterung

Ist das Eingreifen der Kartellbehörde bei einem Vertrag iSd § 15 von einer unbilligen Marktzugangsbeschränkung für dritte Unternehmen oder von einer wesentlichen Wettbewerbsbeschränkung abhängig, so kommt die Kartellbehörde zur Feststellung dieser Voraussetzungen im allgemeinen nicht umhin, umfangreiche Marktuntersuchungen anzustellen. Bei einer Regelung, die einen Schutz des iSd § 18 gebundenen Unternehmens beinhaltet, brauchte die zur Entscheidung befugte Stelle möglicherweise, bei entsprechender gesetzlicher Gestaltung, nur auf die Innenbeziehung der Vertragspartner abzustellen. Hieraus ergäbe sich für die zur Entscheidung befugte Stelle eine nicht unerhebliche Arbeitserleichterung. Dieser Umstand legt die Frage nahe, ob eine Neuregelung durch die Aussicht auf administrative Erleichterung in bestimmter Weise beeinflußt werden sollte.

L e o ¹⁾ und N e u m a n n ²⁾ vertreten die Auffassung, daß administrative Erleichterungen grundsätzlich keinen Einfluß auf eine Reform des GWB ausüben dürfen.

Wie einer Äußerung der Bundesregierung zu entnehmen ist³⁾, war sie geneigt, den Gedanken der Nachweiserleichterung in ihren Überlegungen bezüglich einer Novellierung des § 18 zu berücksichtigen.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu bedenken, daß hier zwei Grundgedanken einer gesetzlichen Neugestaltung im Widerstreit liegen. Der eine Grundgedanke beinhaltet die Forderung, daß durch eine Neuregelung dem materiellen Willen des Gesetzgebers auf optimale Weise gerecht zu werden

1) Leo, WRP 1964, S.331 Anm 26

2) Neumann, Kartellrundschaue Heft 5, S.110

3) Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, abgedr. in WuW 1972, S.107

ist. Das andere Prinzip ist die Verwirklichung einer praktikablen, aufwandsarmen und damit den Staat und letzten Endes den Steuerzahler so wenig wie möglich belastenden Regelung. Unter den beiden Prinzipien ist dem ersteren Priorität zuzubilligen. Eine dem materiellen Willen des Gesetzgebers gerecht werdende Regelung, die sich nur mit größerem administrativem Aufwand verwirklichen läßt, ist zwar möglicherweise nicht glücklich, aber doch vertretbar. Eine Regelung, die den materiellen Willen des Gesetzgebers verfehlt, ist auch dann abzulehnen, wenn sie leicht praktizierbar ist.

Andererseits ist ein Mindestmaß an Praktikabilität erforderlich, damit der materielle Gesetzesgedanke überhaupt verwirklicht werden kann. Darüberhinaus ist der Gedanke der leichten Anwendbarkeit der Regelung soweit zu berücksichtigen, als der materielle Wille des Gesetzgebers nicht verfälscht wird. In gleichem Maße ist die Verwirklichung einer administrativen Erleichterung als Motiv für eine gesetzliche Regelung anzuerkennen.

D. Besondere Probleme eines Individualschutzes
für Gebundene

I. Negative Folgen von Individualeingriffen der
Kartellbehörde

Neben Vorteilen, die individualschützende Eingriffe in Verträge iSd § 18 für die Wettbewerbsordnung und das einzelne Unternehmen mit sich bringen würden, entstünden auch gewisse Gefahren. Durch eine Ausweitung des Eingriffsrechts in diese Verträge erhöht sich auch die Zahl der Eingriffe. Damit wird die Bestandskraft und -dauer der Verträge iSd § 18 einem erhöhten Risiko ausgesetzt. Dies könnte dazu führen, daß Unternehmen, die in größerem Ausmaß mit Bindungen iSd § 18 arbeiten, ihre Geschäftspolitik umstellen.

1. Zulieferungsverträge

Bei Unternehmen, die durch ausschließliche Zulieferungsverträge anderen, kleineren Unternehmen eine Existenzgrundlage schaffen, könnte die Neigung entstehen, ihre Produktionstätigkeit auszudehnen, um die gelieferten Produkte selbst herzustellen ¹⁾. Den Zulieferanten würde hierdurch möglicherweise die Grundlage ihrer Unternehmensestätigkeit entzogen werden, was sie zur Geschäftsaufgabe oder zum Anschluß an den ursprünglich Belieferten oder an potentere Konkurrenten veranlassen würde. Eine ähnliche Lage könnte sich bei Unternehmen ergeben, die durch ausschließliche Unterlieferungsverträge gebunden sind. Darüberhinaus bestünde die Gefahr, daß die Unternehmen die

1) Ähnlich bereits v. Katzler in WuW 1959, S. 762 (Anmerkung zur "Melitta"-Entscheidung des BKartA)

ausschließlichen Zulieferungs- und Unterlieferungsverträge an ausländische Unternehmen vergeben würden, nach deren Heimatrecht ein Eingriffsrecht in diese Verträge nicht im gleichen Maße besteht wie im Geltungsbereich des GWB ²⁾.

Die Gefahr, daß die Unternehmen die zugelieferten Produkte selbst herstellen, weil ihre Ausschließlichkeitsbindungen zu großen Risiken hinsichtlich ihres Bestandes ausgesetzt sind, ist relativ gering. Bei den Zulieferungsverträgen, in denen das bindende Unternehmen die zugelieferten Produkte verwendet, z.B. zugelieferte Kugellager zum Einbau in Kraftfahrzeuge, wird das bindende Unternehmen kein so überragendes Interesse an übermäßigen Ausschließlichkeitsbindungen besitzen, daß es daraufhin unter großen finanziellen Anstrengungen eigene Produktionsstätten errichtet, ganz abgesehen davon, daß ihm in vielen Fällen das erforderliche "know-how" fehlen wird, das, wenn überhaupt, nur mit dem Einsatz weiterer Finanzmittel erreichbar sein wird.

Etwas anders ist die Lage allerdings, wenn sich das bindende Unternehmen bereits fertige Produkte zuliefern läßt, die es dann nur im eigenen Namen vertreibt ³⁾. Hier hat das bindende Unternehmen unter Umständen deshalb ein überragendes Interesse an der Ausschließlichkeitsbindung, weil es sich mit dem Zulieferanten keinen Konkurrenten heranziehen will. Doch hier wäre auch der Umstand, daß der Binder nun keine Zulieferungsverträge mehr abschließt und sich eine eigene Produktion aufbaut, ohne negative Folgen. Das ehemals gebundene Unternehmen trachtete ja danach, die Bindung zu lösen, um nun als Anbieter in Erscheinung zu treten. Es mußte sowieso damit rechnen, daß

2) v. Katzler a.a.O.

3) so der "Melitta"-Fall BKartA WuW/E BKartA 60

der Binder seine Geschäftstätigkeit auf diesem Gebiet nicht einstellt, daß es vielmehr zu einem Konkurrenzkampf kommen wird. Für die Wettbewerbsordnung selbst ist es als Vorteil anzusehen, wenn ein neuer Wettbewerber auf dem Markt erscheint, der, jedenfalls um sich Marktanteile zu verschaffen, versuchen wird, die angebotene Ware zu verbessern oder geringere Preise zu verlangen.

Mit der Vergabe der Ausschließlichkeitsverträge an ausländische Unternehmen kann der inländische Binder der Anwendbarkeit des GWB nur schwer entgehen. Nach § 98 Abs 2 findet das GWB auf alle Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung, die sich im Geltungsbereich des Gesetzes auswirken, auch wenn sie außerhalb dieses Geltungsbereichs veranlaßt werden. Da die Ausschließlichkeitsbindung mit dem ausländischen Unternehmen auch auf den deutschen Markt bezogen sein müßte, um ein Ausweichen in das Ausland überhaupt zu rechtfertigen, wäre nach § 96 Abs 2 das GWB wohl immer anwendbar.

2. Verträge auf der Absatzseite

Auch für Verträge auf der Absatzseite werden negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsordnung prophezeit. Es wird die Meinung vertreten, vermehrte Eingriffe in das mit Hilfe von Vertriebsbindungen gefestigte Absatzsystem könnten wirtschaftlich starke Hersteller dazu veranlassen, eine betriebseigene Vertriebsorganisation aufzubauen, möglicherweise bis hin zum Verbraucher⁴⁾. Als Folge ergäbe sich eine weitere Konzentration wirtschaftlicher Macht bei den Herstellern⁵⁾ und für die ehemaligen Vertragshändler die Gefährdung ihrer

4) Benisch, WRF 1970, S.371; von Brunn, WuW 1972, S.149 f

5) von Brunn, a.a.O.; der Bundesverband der Deutschen Industrie sieht bei jeder Verschärfung des Vorgehens gegen vertragliche Vereinbarungen nach § 18 die Gefahr vertikaler Kapitalkonzentration, vgl im Kartellbericht der Bundesregierung 1962, BT-Drucks. IV/617, S.58

unternehmerischen Existenz, eventuell das Aufgehen in dem herstellereigenen Vertriebssystem. Bei weniger starken Herstellern könnten vermehrte Eingriffe dazu führen, daß ihr Absatzsystem Schaden leidet und ein geregelter Absatz deshalb nicht mehr gewährleistet wäre. Der Zwang zum Anschluß an markt- und finanzkräftigere Konkurrenten würde daraus resultieren ⁶⁾.

Wenn man diese Gefahren nicht übersieht, so erkennt man, daß eine Einbeziehung des Individualschutzes zugunsten der Gebundenen gerade für die Unternehmen Nachteile mit sich bringen kann, zu deren Schutz sie eigentlich bestimmt ist. Diese Gefahren dürfen jedoch nicht überschätzt werden. Zunächst ist festzuhalten, daß die negativen Auswirkungen auf die Wettbewerbsordnung als solche, auch wenn sich die Unternehmen so verhalten, wie oben befürchtet, d.h. wenn sie in die nächsten Wirtschaftsstufen expandieren, nicht allzu bedeutend sind. Die Folge wäre, daß die Verteilerstufen wegen ihrer Unternehmenszugehörigkeit nun unmittelbar den betrieblichen Weisungen des Herstellerunternehmens unterworfen wären. Da die Verteilerstufen vorher auf Grund ihrer vertraglichen Bindung von den Vertriebsanweisungen des Herstellerunternehmens abhängig waren, verändert sich im wesentlichen nur die Art der Abhängigkeit; war sie zunächst vertraglich, so ist sie dann durch die Unternehmenszugehörigkeit bedingt. Im Hinblick auf den Wettbewerb in den gebundenen Wirtschaftsstufen ist der Unterschied gering. Dabei soll allerdings nicht verkannt werden, daß die unternehmensbedingte Abhängigkeit wohl doch intensiver ist und sich die integrierten Betriebe beispielsweise auf der Großhandelsstufe wohl weder Wettbewerb machen können noch wollen.

Was darüberhinaus an negativen Folgen für die Wettbewerbs-

6) Benisch, a.a.O.

ordnung bliebe, wäre der bloße Umstand, daß die expandierenden Unternehmen durch die Konzentration weiter an wirtschaftlicher Macht gewännen, die sich schließlich nachteilig auf den Wettbewerb auswirken könnte. Einer Ausuferung dieser Gefahr dürfte jedoch mit der Zusammenschlußkontrolle und der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen vorgebeugt sein (§§ 22-24a).

Die Wahrscheinlichkeit, daß sich die Unternehmen überhaupt so verhalten wie oben geschildert, nämlich daß die wirtschaftlich starken Hersteller bei hoheitlichen , individualschützenden Eingriffen sogleich eine eigene Vertriebsorganisation aufbauen und es weniger starke Hersteller zum Zusammenbruch ihres Absatzsystems kommen lassen, dürfte, und das spricht in erster Linie gegen eine Überschätzung dieser Gefahren, nicht allzu groß sein. Auch ein wirtschaftlich starkes Unternehmen wird sich sehr wohl überlegen, ob es den erforderlichen finanziellen Einsatz für den Aufbau eines eigenen Vertriebssystems leisten will. Da nicht anzunehmen ist, daß ein Herstellerunternehmen nur an Verträgen interessiert ist, welche die gebundenen Unternehmen in übermäßiger Weise einschränken, wird es, wenn es durch die Aufhebung eines Bindungsvertrages "vorgewarnt" ist, sicherlich eher die Bindungsverträge zu den übrigen Vertriebsunternehmen durch Erleichterungen so modifizieren, daß mit einem hoheitlichen Eingriff nicht mehr gerechnet zu werden braucht, als daß es sogleich ein unternehmenseigenes Vertriebssystem aufbaut. Für die weniger starken Hersteller dürfte ein derartiges Verhalten sogar "lebensnotwendig" sein und sie werden es aus diesem Grunde mit großer Wahrscheinlichkeit nicht auf einen Zusammenbruch des Absatzsystems ankommen lassen, sondern ihren Vertriebsunternehmen Zugeständnisse machen.

II. Die Fortdauer der Vertragsbeziehungen nach einer kartellbehördlichen Unwirksamkeitsverfügung

Nach § 18 kann die Kartellbehörde einen Vertrag soweit für unwirksam erklären, als er Bindungen iSd Abs 1 Nr 1-4 enthält. Das Schicksal der übrigen vertraglichen Bestandteile und die Fortdauer der unternehmerischen Beziehungen zwischen Binder und Gebundenem sind mit der Unwirksamkeitserklärung jedoch nicht restlos geklärt. Sofern die Unwirksamkeitserklärung auf Grund von Individualinteressen des gebundenen Vertragsteils getroffen werden würden, ergäben sich im Zusammenhang mit der Fortdauer oder Auflösung der unternehmerischen Beziehungen einige spezifische Probleme.

Nach erfolgter Unwirksamkeitserklärung bestimmt sich die Gültigkeit der übrigen vertraglichen Bestandteile gemäß § 19 Abs 1 grundsätzlich nach den allgemeinen Vorschriften, also in erster Linie nach § 139 BGB und wenn dieser keine Anwendung findet, nach anderen allgemeinen Vorschriften. § 139 BGB ist anwendbar, wenn die beiden Vertragsteile - die für unwirksam erklärte Bindung und das zugrunde liegende Austauschgeschäft - eine rechtliche Einheit bilden. Das muß letzten Endes am konkreten Einzelfall entschieden werden. Ein einheitliches Rechtsgeschäft wird in der Regel bei Ausschließlichkeitsverträgen, Verwendungsbeschränkungen und Koppelungsvereinbarungen vorliegen ¹⁾, bei Vertriebsbindungen dann, wenn sie nicht unveränderter Teil eines Massenrahmenvertrages sind, sondern wenn ihr Abschluß individuell erfolgte ²⁾. Ist § 139 BGB anwendbar, so bezeichnet es die Bestimmung als Regel, daß sich die Unwirksamkeit ^{2a)} auf das gesamte Rechtsgeschäft erstreckt.

1) Benisch im Gem.Komm. 3.A., § 19 Anm 13

2) Benisch a.a.O., Anm 11

2a) vgl. insbesondere zur Teilnichtigkeit Steindorff in Festschrift für Hefermehl, S. 177 ff

Eine andere Rechtsfolge ergibt sich, wenn anzunehmen ist, daß das Rechtsgeschäft auch ohne den unwirksamen Teil vorgenommen sein würde.

Zur Beurteilung dieser Frage ist die Erforschung des mutmaßlichen Willens der Vertragsparteien erforderlich, und zwar beider ³⁾. Sie ist daher wiederum nur am konkreten Einzelfall vornehmbar. Ergibt die Beurteilung eine Erstreckung der Unwirksamkeit auf den Restvertrag, so kann die Kartellbehörde gem. § 19 Abs 2 zur Vermeidung einer unbilligen Härte für einen Vertragsbeteiligten anordnen, daß der übrige Vertrag von der Unwirksamkeitserklärung nicht berührt wird.

In einem derartigen Fall wäre es denkbar, daß Vertragshändler, die in angemessener Form durch Ausschließlichkeitsbindungen gebunden sind und deren Bezugsbindungen daher nicht aufgelöst werden können, wettbewerbliche Nachteile gegenüber einem Konkurrenten erleiden würden, dessen vertragliche Bindung auf Grund von Individualinteressen aufgelöst werden ⁴⁾, wenn dieser Vertragshändler nun, befreit von der Ausschließlichkeitsbindung, als einziger auch Konkurrenzprodukte anbieten kann.

Man wird allerdings bei den aufgeführten Fallgestaltungen nicht von "Gefahren für die Wettbewerbsordnung" sprechen können ⁵⁾, sondern lediglich von zeitlich begrenzten Nachteilen für die Wettbewerber des ehemals gebundenen Unternehmens. Daneben dürfte die Wahrscheinlichkeit als gering zu beurteilen sein, daß bei der auf Betreiben des Gebundenen erfolgenden Auflösung von Ausschließlichkeitsbindungen die Unwirksamkeit des übrigen Vertrags gemäß § 139 BGB eine unbillige Härte für den Gebundenen

3) RGZ 99, 55

4) darauf macht Benisch, WRP 1970, S. 371 aufmerksam

5) so Benisch, a.a.O.

darstellen würde. Das Trachten des Gebundenen geht ja gerade dahin, durch die Auflösung der Bindung auch mit anderen Unternehmen Verträge über die gleichen Leistungen abschließen zu können. Er will sich also regelmäßig von seinem Binder lösen, so daß sich für ihn eine unbillige Härte durch die Auflösung des gesamten Vertrags wohl nur in seltenen Ausnahmefällen ergeben wird.

Ebenfalls nicht problemlos wäre eine Fortgeltungsanordnung bei der Aufhebung von Vertriebsbindungen iSd § 18 Abs 1 Nr 3. Die Fortgeltungsanordnung kann hier zur Lückenhaftigkeit der Vertriebsbindungen eines Lieferanten führen. Bedeutung kann die Lückenhaftigkeit von Vertriebsbindungen allerdings nur insoweit erlangen, als der einzelne Vertrag zusammen mit einer Vielzahl gleichartiger Verträge ein System bildet⁶⁾.

Werden Alleinvertriebsverträge durch Fortgeltungsanordnungen lückenhaft, so taucht die Frage auf, ob der Lieferant zu einem Gebietsschutz verpflichtet ist. Ihre Beantwortung hängt von den vertraglichen Regelungen im Einzelfall ab⁷⁾. Bei Nichterfüllung einer eventuellen Absicherungspflicht kann der Berechtigte den Klageweg beschreiten. Gleichzeitig entfallen vorübergehend oder dauernd die besonderen Pflichten, die er im Hinblick auf die Absicherung übernommen hat gem. den §§ 320, 325, 242 BGB.

Bei Vertriebsbindungen, die den Händlern auferlegen, nur bestimmte Abnehmer, z.B. Facheinzelhandelsgeschäfte, zu beliefern, könnte die von einem Großhändler erreichte

6) Krasser, Der Schutz von Preis- und Vertriebsbindungen gegenüber Außenseitern, S. 258

7) Krasser, a.a.O. S. 259

Auflösung seiner Bindung bei Fortdauer des übrigen Vertrags dazu führen, daß er nun ungehindert auch andere Handelsunternehmen, z.B. Supermärkte oder Discountgeschäfte beliefern könnte. Die daraus resultierende gedankliche und praktische Lückenhaftigkeit kann zur Folge haben, daß von den übrigen integrierten Großhändlern ein Festhalten an den übernommenen vertraglichen Pflichten nicht mehr verlangt werden kann, daß es letztlich zu einem Einsturz des gesamten Vertriebsbindungssystems kommen kann. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß die übrigen Vertragshändler nur dann von ihren Vertragspflichten im Hinblick auf das Festhalten an der Bindung frei werden, wenn ihnen das entsprechende Verhalten nicht mehr zugemutet werden kann⁸⁾. Wann die Unzumutbarkeitsgrenze erreicht ist, hängt von der Intensität und dem Ausmaß der wettbewerblichen Nachteile ab, welche die weiterhin gebundenen Unternehmen durch das Verhalten des freigewordenen Händlers erleiden.

Nach § 19 Abs 2 iVm § 18 kann die Kartellbehörde nicht die Weiterbelieferung anordnen, sondern nur die Fortgeltung des Restvertrages bestimmen. Beläuft sich der Restvertrag nur auf eine geringe Warenmenge oder auf kurze Dauer oder ist eine weitere Lieferpflicht des Binders nicht vereinbart, so könnte die Ungeboundenheit eines Händlers auch bei einer Anordnung iSd § 19 Abs 2 nur zu einer vorübergehenden und kurzfristigen Lückenhaftigkeit des Bindungssystems führen. Bei einer kurzfristigen Lückenhaftigkeit sind die wettbewerblichen Nachteile gering, sie können den gebundenen Wettbewerbern zugemutet werden⁹⁾.

8) BGH WuW/E BGH 551 ff (554) ("Trockenrasierer II")
BGH WuW/E BGH 916 ff (920) ("Trockenrasierer III")
Krasser, a.a.O., S. 178 f m.w.N.

9) BGH WuW/E BGH 551 ff (557)

Wenn dem Vertriebsbindungssystem tatsächlich Gefahr drohen würde, weil der ursprüngliche Vertrag die Lieferung einer großen Warenmenge vorsah oder eine längerwährende Lieferungs-pflicht beinhaltete, bleiben die Interessen des bindenden Unternehmens nicht unberücksichtigt. Die Kartellbehörde darf eine Fortgeltungsanordnung gemäß § 19 Abs 2 S. 2 nur treffen, soweit dies zur Vermeidung einer unbilligen Härte für einen Vertragsbeteiligten erforderlich ist und überwiegende Belange des anderen Vertragsbeteiligten nicht entgegenstehen. Die Kartellbehörde muß also in pflichtgemäßem Ermessen die berechtigten Interessen beider Unternehmen gegeneinander abwägen ¹⁰⁾. Wenn die Bindung nur auf Grund von Individualinteressen des gebundenen Vertragsteils aufgehoben wird und eine Anordnung iSd § 19 Abs 2 den Einsturz des gesamten Vertriebsbindungssystems, das eigentlich nicht getroffen werden sollte, zur Folge haben könnte, so wird die Abwägung der Interessen der Vertragsparteien wohl nur in Ausnahmefällen eine Fortgeltungsanordnung rechtfertigen.

10) Baumbach-Hefermehl § 19 GWB Anm 10; Benisch im Gem. Komm. 2.A. § 19 Anm 8; Frankf.Komm. § 19 Anm 43, 47

E. Überlegungen zu einer konkreten Regelung des Individualschutzes der Gebundenen

Die vorausgegangenen Untersuchungen haben gezeigt, daß ein Bedürfnis nach einer kartellrechtlichen Regelung des Individualschutzes zugunsten der Gebundenen bei Verträgen iSd § 18 besteht. Dabei möglicherweise entstehende Probleme haben sich als nicht zu bedeutend und nicht unüberwindlich herausgestellt. Zu erörtern bleibt nun, wie eine angemessene Regelung dieses Individualschutzes aussehen könnte.

I. "Per-se" - Verbot der Verträge iSd § 18 GWB

1. Verbot aller Verträge iSd § 18 GWB

Eine Möglichkeit, den Schutz der gebundenen und auch dritter Unternehmen bei Verträgen iSd § 18 zu verwirklichen, wäre es, derartige Verträge grundsätzlich zu verbieten. Man würde § 18 damit aus der "Mechanismusgruppe" der Eingriffstatbestände ¹⁾, bei denen Ansprüche iSd § 35 von einer Verfügung der Kartellbehörde abhängen, in die "Mechanismusgruppe" der Regelungen, die unmittelbar zu Ansprüchen iSd § 35 führen können ²⁾, umgliedern. In diese Richtung ging eine Forderung der Hauptvereinigung des ambulanten Gewerbes und der Schausteller, zitiert im Kartellbericht der Bundesregierung ³⁾. Diese Forderung stand jedoch im Gegensatz zu den Meinungen aller anderen Ver-

1) vgl. oben S. 21 und S. 45 ff;

2) vgl. oben S. 22 ff

3) Bericht über Änderungen des GWB, 1962, BT-Drucksache IV/617, S. 58; vgl. auch Möschel, Der Oligopolmißbrauch ..., S. 72 f

bände und Wirtschaftsvereinigungen, die in dem Bericht zu Wort kamen ⁴⁾. Ein grundsätzliches Verbot aller Bindungsverträge iSd § 18 ist nicht zu befürworten. Bereits in der Begründung zum Regierungsentwurf wurde festgestellt, daß derartige Vereinbarungen in vielen Fällen wirtschaftlich berechtigten Interessen dienen ⁵⁾. Habe beispielsweise ein Vertragsteil ein anderes Unternehmen mit Krediten und Investitionen unterstützt, so könne er ein berechtigtes Interesse haben, daß dieser Kreditnehmer bestimmte Waren ausschließlich bei ihm beziehe. Beim Vertrieb von Markenwaren bestehe sogar ein berechtigtes Interesse, durch derartige Vereinbarungen sicherzustellen, daß gewisse Artikel nur in solchen Geschäften erhältlich seien, die eine nach Art der Ware erforderliche Beratung des Verbrauchers gewährleisten. Diese Feststellungen haben heute noch immer Gültigkeit. Aus einer modernen, arbeitsteiligen Industriewirtschaft ist das Instrument der Vertikalbindung iSd § 18 nicht mehr wegzudenken ⁶⁾. Zudem decken sich die Interessen des bindenden Unternehmens vielfach mit denen des gebundenen Vertragspartners: gestaltet ein Hersteller den Vertrieb seiner Waren so, wie er es für den Absatz auf lange Sicht am besten hält, so ist damit zugleich den Interessen des gebundenen Großhandels gedient, dem ebenfalls an einem längerdauernden Verkaufserfolg der Waren gelegen ist. Oft würde ein gebundener Vertragsteil ohne die Vereinbarung von Ausschließlichkeitsbindungen gar nicht in die Lage versetzt werden, eine eigene Existenz zu gründen oder diese zu erweitern, da das bindende Unternehmen nur unter diesen Voraussetzungen bereit ist, günstige Einrichtungskredite zu gewähren.

4) a.a.O. S. 57/58

5) Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, abgedr. im Gem.Komm. 1.A. S. 1057 ff (1088)

6) Griesbach, Wettbewerbspolitik ohne neues Leitbild, S. 36

man würde daher zu weit gehen, wollte man im Interesse der gebundenen Unternehmen Vereinbarungen iSd § 18 grundsätzlich untersagen.

2. Verbot der Koppelungsverträge iSd § 18 Abs 1 Nr 4 GWB

I. S c h m i d t ⁷⁾ plädiert für ein Verbot, beschränkt auf Koppelungsvereinbarungen. Er ist der Meinung, daß andernfalls kein Schutz vor dem Druck marktmächtiger Unternehmen zur Erzeugung von Koppelungsverhalten bestünde, da das Druckverbot des § 25 Abs 1 ⁸⁾ auf Verträge des § 18 nicht anwendbar sei, weil diese Verträge grundsätzlich zulässig seien und nur der Mißbrauchsaufsicht unterlägen. Werde diese Schutzlücke nicht geschlossen, so bestünde daher die Gefahr, daß beispielsweise die Mineralölkonzerne die Mißbrauchsverfügungen der Kartellbehörde in Sachen KFZ-Pflegemittel durch Druckanwendung unterlaufen würden.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Nach § 18 hat die Kartellbehörde die Möglichkeit, bestehende Verträge für unwirksam zu erklären und die Anwendung neuer, gleichartiger Bindungen zu verbieten. Das Druckverbot des § 25 Abs 2 bezieht sich aber auch auf Verhalten, das auf Grund einer kartellbehördlichen Verfügung nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf. Mithin ist § 25 Abs 2 auf von der Kartellbehörde verbotene Koppelungsvereinbarungen anwendbar, so daß der Schutz der ansonsten möglicherweise durch Druck zu Koppelungsverhalten gezwungenen Unternehmen gewährleistet ist.

Es ist zwar anzuerkennen, daß für die Vereinbarung von Koppelungsbindungen nur selten ein berechtigtes Interesse und eine wirtschaftliche Notwendigkeit besteht, doch sollte

7) I. Schmidt, Marktwirtschaft 1970, Heft 9, S. 21

8) nach der Novelle 1973: § 25 Abs 2

insofern das Prinzip der Vertragsfreiheit nicht aufgegeben werden. Auswüchsen dieser Bindungsart kann durch eine Einbeziehung des Individualschutzes zugunsten des gebundenen Vertragsteils in § 18, erforderlichenfalls iVm § 25 Abs 2, ausreichend begegnet werden. Ein gesondertes Verbot dieser Vertragsart ist daher nicht angezeigt.

II. Individualschutz im überwiegenden Interesse des Gebundenen

1. Individualschutz ohne besondere Voraussetzungen

Der Schutz des einzelnen um seiner eigenen Interessen willen, der Ausgleich der Interessen der Vertragspartner von Austauschverträgen, ist zunächst vornehmlich die Aufgabe der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften. Unter dem im bürgerlichen Recht geltenden Prinzip der Vertragsfreiheit bleibt es dem einzelnen freigestellt, auch Verträge abzuschließen, die ihn im Gebrauch seiner wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten einschränken. Das Risiko, das derartige Verträge mit sich bringen, muß der Vertragswillige vor Abschluß in seine Überlegungen einbeziehen.

Die Untersuchungen zu dem Schutz, der den Gebundenen durch die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zuteil wird ¹⁾, mögen gezeigt haben, daß, trotz des bürgerlich rechtlichen Schutzes, ein Bedürfnis nach einer Regelung des Schutzes der Gebundenen besteht. Doch wie soll er aussehen? Soll er dem gebundenen Vertragsteil ermöglichen, in Fällen, in denen er sein Recht ansonsten nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts vor den ordentlichen Gerichten mit Aussicht auf Erfolg suchen könnte, sich an die Kartellbehörde zu wenden, um dort ohne Kostenrisiko Rechtsschutz verlangen zu können? Im BGB wird, gemäß den Prinzipien der liberalen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung, der Parteiwille zum obersten Richtpunkt; was die Vertragsschließenden gemeinsam wollen, erlangt rechtliche Geltung. Es wird vorausgesetzt, daß im Rechtsverkehr jeder für die Wahrung seiner Interessen selbst sorgen kann und will.

1) vgl hierzu oben, S.112 ff

Diese Ordnung ist funktionstüchtig, wenn sich Rechtssubjekte gleicher Macht gegenüberstehen, wenn nicht schon von vornherein ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, das es nur einem Teil erlaubt, bestimmenden Einfluß auf die Vertragsregelungen zu nehmen. Jedes Individuum kann die ihm angetragene vertragliche Bindung annehmen oder ablehnen. Es kann die Entscheidung fällen, ohne unter dem Druck des anderen Teils zu stehen. Die aus dem Vertragsschluß sich ergebenden Vor- und Nachteile kann der einzelne vorher unbeeinträchtigt abwägen. Entschließt er sich frei von Zwang zu einer Bindung, die seine Wettbewerbsfreiheit einschränkt, so muß er sich an dieser Bindung festhalten lassen. Denn der Grundsatz "pacta sunt servanda" sollte auch nicht durchbrochen werden, wenn ein Vertragsteil Nachteile erleiden muß, selbst dann nicht, wenn er sie vorher nicht bedacht hat, aber grundsätzlich dazu in der Lage gewesen wäre. Ist das vertragliche Verhältnis gestört, so stehen die Hilfsmittel des BGB zur Verfügung, die Nichtigkeitserklärung des Vertrags gemäß § 138 BGB bei Verstoß gegen die guten Sitten und die Vertragsanpassung aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nach § 242 BGB. Diese Hilfsmittel sind im "Normalfall", also wenn beide Vertragspartner den annähernd gleichen Einfluß auf den Vertragsabschluß und die Vertragsgestaltung ausüben konnten, als ausreichend anzusehen. Ein besonderer Grund ist hier nicht vorhanden, Unternehmen, die sich durch Bindungsverträge iSd § 18 verpflichtet haben, darüberhinaus Individualschutz zu gewähren und ihnen den kostenrisikobehafteten Weg zu den ordentlichen Gerichten zu ersparen. Insofern sind die Grundentscheidungen des BGB und der ZPO nicht durch individualschützende Regelungen abzuändern. Die mehrfach vorgetragene Forderung ²⁾, der Kar-

2) Änderungsanträge 1960 und 1964 der SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag, BT-Drucksachen 3. Wahlp./2293 und IV/2337; Günther, in Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 20; erster Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB vom 20.3.1970, BWI I B 5-22 13 53

tellbehörde Eingriffsmöglichkeiten für Fälle zu verschaffen, in denen der gebundene Vertragsteil in seiner Wettbewerbsfreiheit unbillig eingeschränkt ist, ohne daß weitere Voraussetzungen hinzutreten müßten, ist daher abzulehnen.

2. Individualschutz bei Machtübergewicht des bindenden Unternehmens

Eine andere Beurteilung ergibt sich, wenn sich Rechtssubjekte gegenüberstehen, von denen eines ein erhebliches Machtübergewicht besitzt. Dann vermag das vom BGB verwirklichte System der Vertragsfreiheit seine ordnende Kraft nicht mehr durchzusetzen³⁾. Die wirtschaftliche Funktion der Vertragsfreiheit wird dann wesentlich verändert, der Vertrag droht zum Instrument der Herrschaft über den schwächeren Vertragsteil zu werden. Diese Gefahr ist bei den Vertragsarten des § 18 besonders groß, da sie per definitionem eine Beschränkung des einen Vertragsteils mit sich bringen. Mit den Mitteln des BGB ist Verträgen, die auf Grund von Druck eines mächtigen Vertragsteils geschlossen wurden, nicht ausreichend beizukommen. Dem BGB ist die Kategorie der Macht fremd, es hat daher durchgreifende Mittel zu ihrer Beschränkung nicht geschaffen. Hier müssen andere geeignete Regelungsmöglichkeiten bereitgestellt werden.

a) Anknüpfungspunkt: marktbeherrschende Unternehmen

Die Forderung, hier Abhilfe zu schaffen, ist nicht neu. Ein Novellierungsvorschlag der SPD-Fraktion aus dem Jahre 1964⁴⁾ sah für marktbeherrschende Unternehmen ein Verbot

3) Mestmäcker, JZ 1964, S. 441 ff (443)

4) Änderungsantrag der SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag, BT-Drucksache IV/2337; im Anschluß daran, Günther, in Zehn Jahre Bundeskartellamt, S. 20

vor, Bindungen, wie sie in § 18 typisiert sind, anzuwenden. Der Vorschlag geht von dem Begriff "marktbeherrschendes Unternehmen" als Anknüpfungspunkt aus, der ein Machtübergewicht des bindenden Unternehmens indizieren soll. Von seiner Bestimmung her ist ein marktbeherrschendes Unternehmen den Gesetzen des Wettbewerbs nicht oder nur geringfügig ausgesetzt. Das bedeutet, daß ein möglicher Vertragspartner nicht beliebig auf Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens ausweichen kann, da Konkurrenten entweder ganz fehlen oder eine vergleichbare Leistung zu vergleichbaren Preisen und Bedingungen nicht im gleichen Maße erbringen können. Der mögliche Vertragspartner ist also für diese bestimmte Art von Rechtsgeschäften auf das marktbeherrschende Unternehmen mehr oder weniger fixiert, er hat keine gleichwertigen Ausweichmöglichkeiten. Aus dieser Situation ergibt sich zwangsläufig ein Machtübergewicht für das marktbeherrschende Unternehmen. Es wird geneigt sein, dieses Machtübergewicht zu seinem Vorteil einzusetzen und insbesondere die Vertragsbestimmungen zu diktieren.

aa) Verbot für marktbeherrschende Unternehmen

Der SPD-Vorschlag verbietet es den marktbeherrschenden Unternehmen, Bindungen iSd § 18 zu verwenden. Geht man von der grundsätzlichen Zulässigkeit solcher Verträge aus, so muß man ein voraussetzungsloses Verbot auch für marktbeherrschende Unternehmen ablehnen. Trotz der Gefahr des einseitigen Einsatzes der durch die Marktsituation gegebenen Machtmittel, muß es derartigen Unternehmen gestattet sein, Zulieferung und Absatz nach ihren Vorstellungen zu ordnen. Eine Ungleichbehandlung im Verhältnis zu nichtmarktbeherrschenden Unternehmen ist insofern nicht angebracht. Allein aus dem Vorhandensein des Machtübergewichts ist der Schluß nicht zulässig, daß dieses Machtmittel in einer den Vertragspartner über Gebühr beschwerenden Weise gebraucht wird.

Gegen das Verbot spricht noch ein weiterer Gesichtspunkt. Untersagt man marktbeherrschenden Unternehmen den Abschluß zulieferungs- und absatzsichernder und -ordnender Verträge iSd § 18, so werden die Unternehmen nicht ohne weiteres darauf verzichten, Zulieferung und Absatz so zu organisieren, wie es ihnen notwendig erscheint. Als naheliegendes wirtschaftliches Verhalten bietet sich an, eine unternehmenszugehörige Zulieferungs- und Absatzorganisation aufzubauen. Mit dem Verbot würde auf die marktbeherrschenden Unternehmen faktisch ein Druck ausgeübt, in die entsprechenden Wirtschaftstufen zu expandieren. Es handelt sich also um eine ähnliche Gefahr, wie sie durch vermehrte Eingriffe der Kartellbehörde in Verträge iSd § 18 im allgemeinen entstehen könnte ⁵⁾. Die Lage ist hier jedoch insofern negativer, als die marktbeherrschenden Unternehmen die für sie bestehende Zwangslage nicht einfach durch erleichternde Modifizierung der Bindungsverträge beseitigen könnten, da ihnen die Bindungsverträge pauschal untersagt wären. Auf lange Sicht würde man folglich gerade denjenigen Unternehmensgruppen schaden, denen man helfen wollte.

bb) Schutz bei Machtmißbrauch marktbeherrschender Unternehmen

Nach § 22 Abs 5 iVm Abs 4 ⁶⁾ kann die Kartellbehörde marktbeherrschenden Unternehmen mißbräuchliches Verhalten untersagen und Verträge für unwirksam erklären, soweit diese Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzen.

Was unter Mißbrauch iSd § 22 zu verstehen ist, ist aus dem Schutzzweck dieser Vorschrift unter Berücksichtigung

5) vgl hierzu oben, S. 143 ff

6) vor der Novelle 1973: § 22 Abs 4 iVm Abs 3

ihrer Stellung im Gesamtzusammenhang des GWB zu bestimmen ⁷⁾. Dementsprechend erfaßt § 22 die mißbräuchliche Ausnutzung der Marktstellung auf dem beherrschten Markt und auf Drittmärkten. Soweit sie sich auf den beherrschten Markt bezieht, hat die Bestimmung zwei Schutzrichtungen. Sie soll die Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens vor Machtmißbrauch bewahren, sie soll aber auch verhindern, daß Angehörige der vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe mißbräuchlich in ihrer wirtschaftlichen Handlungsfreiheit beschränkt werden. Die Angehörigen dieser Wirtschaftstufen sollen vor Nachteilen geschützt werden, die ihnen marktbeherrschende Unternehmen deshalb zufügen können, weil sie einem wirksamen Wettbewerb nicht ausgesetzt sind.

Veranlaßt ein marktbeherrschendes Unternehmen ein anderes Unternehmen unter Einsatz seiner Marktmacht zu einem Vertrag iSd § 18 Abs 1 Nr 4, der es in seiner Wettbewerbsfreiheit unbillig einschränkt, so wird man dieses Verhalten als Mißbrauch ansehen müssen, der die Kartellbehörde nach § 22 Abs 5 iVm Abs 4 zum Eingreifen berechtigt ^{7a)}. Der Schutz, den § 22 gewährt, wenn marktbeherrschende Unternehmen unter Ausnutzung ihrer Marktmacht unbillig einschränkende Verträge iSd § 18 erzielen, ist daher als ausreichend zu betrachten.

b) Schutz bei Machtausübung nicht marktbeherrschender Unternehmen

Durch § 22 sind die kleinen und mittleren Unternehmen vor den Pressionen marktbeherrschender Unternehmen und

7) BKartA WuW/E BKartA 1189 ff (1193) ("Handpreisauszeichnungsgerät"), bestätigt durch KG WuW/E OLG 995; ebenso der BGH in WuW/E BGH 588 ff (591) ("Fensterglas IV") für §§ 3, 12 Abs 1 Nr 1

7a) zur Überschneidung der Eingriffsermächtigungen der §§ 18, 22 vgl. Baur, Der Mißbrauch ..., S. 208 ff; Ralsch, in: Wettbewerb als Aufgabe, S. 357 ff (390); Frankf.Komm. § 18 Anm 112; Schwartz im Gem.Komm. 3.A. § 18 Anm. 95; Jansen, Die Kopplungsverträge ..., S. 120; zurückhaltend Möschel, Der Oligopolmißbrauch ..., S. 188 ff

solcher, deren Marktbeherrschung vermutet wird, geschützt. Die Marktbeherrschung ist jedoch nicht das im Wirtschaftsleben allein ausschlaggebende Kriterium, für die "Chance innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht", wie der Ökonom und Soziologe Max Weber Macht wohl zutreffend definiert ⁸⁾. Macht kann sich auch daraus ergeben, daß der andere Wirtschaftler lediglich schwächer ist, daß er sich im konkreten Fall nicht wehren kann. In dem sich dann ergebenden "Beherrschungs-Abhängigkeitsverhältnis" ⁹⁾ bedarf der Abhängige des Schutzes durch den Staat, da er unter Umständen beeinträchtigende Bindungsverträge iSd § 18 eingehen muß, die er bei freier Willensbetätigung entweder überhaupt nicht oder wenn, dann nur unter günstigeren Bedingungen eingegangen wäre.

Die "Kontrolle" derartiger Marktmacht kann, gesetzestech-
nisch gesehen, auf zweierlei Art und Weise erfolgen. Ein-
mal kann man bei der Ausübung der Macht ansetzen, also
z.B. bei "dem Androhen oder Zufügen von Nachteilen". Eine
zweite Möglichkeit stellt es dar, bereits von der Situa-
tion auszugehen, die es überhaupt ermöglicht, Macht aus-
zuüben. Diese Situation ist im wesentlichen dadurch ge-
kennzeichnet, daß dem "schwächeren" Unternehmen ein Aus-
weichen auf andere Geschäftspartner nur unter Schwierig-
keiten möglich ist.

aa) Schutz vor Druck im weiteren Sinne

Als eine Bestimmung, die den ersten Weg geht, kann § 25 Abs 2
aufgefaßt werden. Doch § 25 Abs 2 ist nicht in der Lage,
für die hier interessierenden Fälle Schutzwirkungen zu

8) Weber Max, Wirtschaft und Gesellschaft, 1. Halbband,
Köln-Berlin, 1964, S. 38

9) Arndt H., WuW 1972, S. 84 ff (86)

entfalten. Die Bestimmung verbietet nur, anderen Unternehmen Nachteile anzudrohen oder zuzufügen und Vorteile zu versprechen oder zu gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach dem GWB oder nach einer auf Grund des GWB ergangenen Verfügung der Kartellbehörde nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf. Das Bindungsverhalten des gebundenen Vertragsteils bei Verträgen iSd § 18 kann aber gerade zum Gegenstand eines Vertrags gemacht werden, nach § 18 auch, falls es den gebundenen Vertragsteil unbillig einschränken sollte. Der Schutz des § 25 Abs 2 kann also in diesen Fällen nicht eingreifen, es sei denn, die Kartellbehörde hat bereits die Unwirksamkeit des Vertrags und das Verbot einer gleichartigen Bindung gemäß § 18 verfügt ¹⁰⁾.

Ein Vorschlag von I. S c h m i d t ¹¹⁾ versucht dem Problem der Druckanwendung zur Erzielung von beeinträchtigenden Verträgen iSd § 18 beizukommen, indem er neben der Empfehlung, als weitere Eingriffsvoraussetzung der Kartellbehörde in § 18 die unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des gebundenen Vertragsbeteiligten aufzunehmen ¹²⁾, fordert, § 18 einen neuen Absatz hinzuzufügen, durch den die Kartellbehörde in die Lage versetzt werden soll, das Androhen oder Zufügen von Nachteilen und das Versprechen oder Gewähren von Vorteilen zu untersagen, wenn dieses dazu geeignet ist, die in Abs 1 beschriebenen Bindungswirkungen herbeizuführen. Der Vorschlag will also das Drängen zu einem Bindungsverhalten iSd § 18 Abs 1 Nr 1-4 erfassen, ohne daß Beeinträchtigungen drohen, welche über die diesen Vertragstypen per definitionem innewohnenden Beschränkungen hinausgehen.

10) ebenso Benisch im Gem.Komm. 3.A. § 25 Anm 4; Bericht des BKartA 1966, S. 41.

Zum Schutzgesetzcharakter von § 25 vgl oben, S. 23 ff

11) in Marktwirtschaft 1970, Heft 9, S. 21

12) zur Ablehnung des Vorschlags insoweit, vgl oben, S. 155 f

Bei der Beurteilung dieses Vorschlages ist zu bedenken, daß die Verträge des § 18 als zulässiges und notwendiges Gestaltungsmittel der Wirtschaftspraxis anzuerkennen sind, und daß das Ausüben von Druck iWSt, sofern es nicht gegen §§ 25, 26 oder andere gesetzliche Bestimmungen verstößt, und soweit es nicht zu einer übermäßigen Beeinträchtigung des anderen Unternehmens führt, als nicht zu beanstandendes Instrument des Leistungswettbewerbs zu betrachten ist. Von diesen Voraussetzungen ausgehend, muß der genannte Vorschlag als zu weitgehend bezeichnet werden. Allein die Eignung einer Druckanwendung, Bindungsverhalten iSd § 18 Abs 1 Nr 1-4 herbeiführen zu können, ohne daß darüberhinausgehende Beeinträchtigungen drohen, sollte nicht mit dem Stempel des Unwerturteils versehen werden, einem Unwerturteil, das kartellbehördliches Eingreifen indiziert. Die Anwendung derartigen Drucks iWSt ist im marktwirtschaftlichen Sinn nicht schädlich.

Man könnte nun aber, von dem eben angeführten Vorschlag ausgehend, daran denken, die Vorschrift des § 18 beizubehalten, die es der Kartellbehörde ermöglicht, Verträge für unwirksam zu erklären und die Anwendung neuer, gleichartiger Bindungen zu verbieten, und sie auf Fälle auszuweiten, in denen das gebundene Unternehmen zum Eingehen der Bindung iSd Abs 1 Nr 1-4 durch das Androhen oder Zufügen von Nachteilen oder das Versprechen und Gewähren von Vorteilen veranlaßt wurde und in seiner Wettbewerbsfreiheit unbillig eingeschränkt ist. Doch auch eine derartige Regelung begegnet Bedenken. So würde es wohl schwierig sein, zulässigen von unzulässigem Druck zu unterscheiden. Das "Versprechen oder Gewähren von Vorteilen" scheint als Eingriffsvoraussetzung unter individualschützendem Aspekt überhaupt nur sehr beschränkt tauglich. Denn wenn sich das gebundene Unternehmen seine Wettbewerbsfreiheit ohne sonstige Pressionen "abkaufen" läßt, so ist es kaum schutzwürdig. Doch auch das Kriterium "Androhen oder Zufügen von Nachteilen" stellt nicht in ausreichendem

Maße sicher, daß die Eingriffsbefugnis tatsächlich nur dann gegeben ist, wenn sich das gebundene Unternehmen zu mächtigem Druck gegenübergestellt sah. Denn hierunter würde beispielsweise jede Drohung mit Liefer- oder Bezugsabbruch fallen oder jede Inaussichtstellung einer Preiserhöhung und zwar auch dann, wenn das gebundene Unternehmen die gesuchten Geschäftsbeziehungen mit dem "drohenden" Unternehmen beenden könnte, bzw. nicht erst aufzunehmen brauchte, und gleichwertige Geschäftsbeziehungen ohne größere Schwierigkeiten mit anderen Unternehmen aufnehmen könnte. Es zeigt sich also, daß die angeführte Formulierung nicht in überzeugender Weise geeignet ist, ein Eingriffskriterium bei nicht gerechtfertigtem Machtgebrauch zu bilden.

bb) Die Anwendbarkeit von § 26 Abs 2 GWB

Die Novelle 1973 hat in § 26 Abs 2 eine Ausweitung seines Anwendungsbereichs gebracht. Durch die Einfügung eines Satzes 2 gilt das Diskriminierungsverbot des Satzes 1 auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, "soweit von ihnen Anbieter und Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen". § 26 Abs 2 S.2 versucht also den zweiten, der oben angedeuteten Wege zu gehen¹³⁾, die Ausübung von Macht, welche von nicht marktbeherrschenden Unternehmen ausgeht, "unter Kontrolle" zu bekommen, nämlich bei der konkreten wirtschaftlichen Situation anzusetzen, die es erlaubt, Macht überhaupt auszuüben.

Dürften sich die im Bericht des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestags hinsichtlich des nunmehrigen Anwen-

13) vgl. S. 163

dungsbereichs zum Ausdruck gekommenen Hoffnungen¹⁴⁾ auch nicht voll bestätigt haben¹⁵⁾, so ist doch feststellbar, daß sich durch die Novelle der Kreis der Adressaten des Diskriminierungsverbots erweitert hat¹⁶⁾. Adressaten sind nun, neben den Kartellen und preisbindenden Unternehmen, nicht mehr nur die "absolut" marktmächtigen Unternehmen iSd § 22, sondern auch die von § 26 Abs 2 S.2 erfaßten Unternehmen, bei denen man von einer "relativen" Marktmacht¹⁷⁾ sprechen kann, die also Macht auszuüben in der Lage sind, ohne nach bisherigen Regelungen einer Einschränkung durch das Diskriminierungsverbot oder einer Mißbrauchsaufsicht zu unterliegen.

Die nun erfolgte Erfassung der "relativ" marktmächtigen Unternehmen im Rahmen des Diskriminierungsverbots legt die Frage nahe, ob sich hierdurch eine Ausweitung des Individualschutzes der durch Verträge iSd § 18 gebundenen Unternehmen ergibt. Inwieweit kann der Abschluß und die Praktizierung eines das gebundene Unternehmen unbillig einschränkenden Vertrags iSd § 18 als Diskriminierung iSd § 26 Abs 2 verboten sein ?

Sieht man die Adressatenstellung als gegeben an - unterstellt man also, daß das eine Unternehmen von dem anderen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig ist, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere

14) abgedr. in WuW 1973, S.581 ff

15) vgl insbes. die kritischen Untersuchungen von Baur, BB 1974, S.1589 ff u. Fischötter, WuW 1974, S.379 ff, jeweils m.w.N.

16) Fischötter, a.a.O. S.382 f; ausführlich Hefermehl, GRUR 1975, S.275 ff; kritisch Belke, ZHR 139 (1974), S.255 ff

17) Hefermehl, a.a.O. S.280

Unternehmen auszuweichen nicht bestehen¹⁸⁾ - und unterstellt man weiterhin einen Geschäftsverkehr, der üblicherweise zugänglich ist, so konzentriert sich das Problem auf die Fragestellung, ob der Abschluß und/oder die Praktizierung eines unbillig einschränkenden Vertrags iSd § 18 eine unbillige Behinderung oder eine sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung iSd § 26 Abs 2 darstellen kann.

Die beiden Tatbestände überschneiden sich¹⁹⁾. Sie sind beide sowohl im Verhältnis zu Vertragspartnern wie zu Wettbewerbern anwendbar²⁰⁾. Nach der ohne Zustimmung gebliebenen Auffassung des *Frankf. Komm.*²¹⁾ richtet sich die Behinderung iSd § 26 lediglich gegen Wettbewerber und die unterschiedliche Behandlung gegen Lieferanten oder Abnehmer des Diskriminierenden. Diese Auffassung würde zu einer unnötigen und vom Zweck der Vorschrift nicht getragenen Begrenzung ihrer Anwendbarkeit führen; sie ist daher abzulehnen. Gegen sie spricht auch der von Spengler zutreffend angeführte Gedanke²²⁾, daß das betroffene Unternehmen zugleich Mitbewerber und Vertragspartner (Lieferant oder Abnehmer) des Diskriminierenden sein kann. Eine Diskriminierungsabsicht ist nicht erforderlich, der objektive Eintritt der Behinderung oder ungleichen Behandlung genügt²³⁾.

18) vgl. zu dem noch umstrittenen Auslegung von § 26 Abs 2 S.2 Hefermehl a.a.O. S. 275 ff; Fischötter a.a.O.; Baur, a.a.O.; Ulmer, BB 1975, S. 661 ff; BGH BB 1976, S. 200 ff ("Rossignol"); BGH WuW/E BGH 1429 ("Asbach-Fachgroßhändlervertrag") jeweils m.w.N.

19) BGH WuW/E BGH 1031 ("Sportartikelmesse II"), WuW/E BGH 888 ("Jägermeister"); KG WuW/E OLG 912; Benisch im Gem.Komm. 3.A. § 26 Abs 2 Anm 29; Belke, ZHR 139 (1974) S.227 ff (261); Müller/Giessler, § 26 Anm. 39; Rasch/Westrick §§ 25, 26, Anm 19

20) BGH WuW/E BGH 868; OLG Düsseldorf WuW/E OLG 380; Baumbach-Hefermehl, § 26 GWB Anm 39; Benisch, a.a.O., m.w.N.

21) Frankf.Komm. § 26 Anm 61 f

22) Spengler, WuW 1963, S. 3 ff (11)

23) Baumbach-Hefermehl, § 26 GWB Anm 42; Benisch, a.a.O., Anm 29; OLG München WuW/E OLG 288 ff

Die sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung stellt für die in § 26 Abs 2 geregelten Sachverhalte eine konkrete Ausgestaltung des allgemeinen Gleichheitssatzes dar. Ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG liegt daher nur vor, wenn die besonderen Voraussetzungen des § 26 Abs 2 erfüllt sind²⁴⁾. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß § 26 Abs 2 nur die sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung gleichartiger Unternehmen verbietet. Nicht unter § 26 Abs 2 fällt dagegen die gleiche Behandlung ungleichartiger Unternehmen²⁵⁾.

Für die hier interessierende Fallgestaltung dürfte die Alternative "ungerechtfertigt unterschiedliche Behandlung" demgemäß von untergeordneter Bedeutung sein.

Der Begriff Behinderung wird überwiegend unter Zuhilfenahme der aus dem UWG-Recht bekannten Unterscheidung von Leistungs- und Behinderungswettbewerb bestimmt. Ein Unternehmen wird im Geschäftsverkehr behindert, wenn es infolge wettbewerbsfremder Maßnahmen des Behindernden, die sich gegen seinen Betrieb oder seine Inhaber richten, seine Leistungen auf dem Markt nicht oder nicht mehr rein zur Geltung bringen kann²⁶⁾.

24) BGH WuW/E BGH 407 ("Molkereigenossenschaft")

25) BGH WuW/E BGH 502 ("Grotterevers"); BGH ("Treuhandbüro") WuW/E BGH 508; KG ("Tapeten") WuW/E OLG 320; OLG Hamburg ("Doornkaat") WuW/E OLG 379; Segelmann/Niederleithinger, WuW 1967, S. 473/474; Kracht, NJW 1960, S. 123; Baumbach/Hefermehl, § 26 GWB Anm 43; BKartA, 6.4.1966 ("Steinzeug III") WuW/E BKartA 1083; Frankf.Komm., § 26 Anm. 72; Müller/Giessler, § 26, Anm. 43 a; Benisch im Gem.Komm. 4.Lfg., § 26 Abs 2 Anm. 39; a.M. "zumindest für Kartelle und Marktbeherrscher" Gentz, WuW 1961, 605

26) Baumbach/Hefermehl, § 26 GWB Anm 39; Benisch, a.a.O., Anm. 30; Langen, § 26 Anm 25 f; BGH WuW/E BGH 463; OLG Frankfurt WuW/E OLG 1286; vgl. auch Tetzner, JZ 1977, S. 324; Ulmer, BB 1977, S. 562; KG WuW/E OLG 1967

Die Verträge des § 18 schränken definitionsgemäß die Wettbewerbsfreiheit des gebundenen Unternehmens ein. Diese Verträge, bzw. ihre Praktizierung müßte eine wettbewerbsfremde Maßnahme, die sich gegen den Betrieb oder seinen Inhaber richtet, darstellen. Hierbei ist zu beachten, daß das GWB derartige Verträge, gerade aufgrund der Regelung in § 18, grundsätzlich als zulässig anerkannt hat. § 18 und § 26 Abs 2 überschneiden sich zwar in ihrem Geltungsbereich²⁷⁾, so daß ein Vertrag iSd § 18 durchaus auch nach § 26 Abs 2 überprüft werden kann, doch ist die Grundentscheidung des Gesetzes, das sich mit § 18 für die Zulässigkeit derartiger Verträge ausgesprochen hat, sofern sie nicht darüberhinaus negative Folgen auf einzelne Unternehmen oder auf den Wettbewerb zeitigen, bei der Auslegung von § 26 Abs 2 zu berücksichtigen²⁸⁾. Vertragliche Vereinbarungen iSd § 18, die in vielen Fällen wirtschaftlich berechtigten Interessen dienen²⁹⁾ und die aus einer modernen arbeitsteiligen Industriewirtschaft nicht mehr wegzudenken sind³⁰⁾, können nicht gleichzeitig als wettbewerbsfremde Maßnahmen angesehen werden, die sich gegen den Betrieb oder seinen Inhaber richten.

Eine weitere Überlegung spricht dagegen, eine Vereinbarung iSd § 18 als Behinderung aufzufassen. Die vertragliche Vereinbarung kommt nur unter Mitwirkung des anderen Partners zustande. Selbst wenn dieser von wirtschaftlichen oder sonsti-

27) BGH WuW/E BGH 502 ff (513) "Originalersatzteile"), WuW/E BGH 1216 ("Kraftwagen-Leasing"), WuW/E BGH 1454 ("BMW-Direkthändler"); Schwartz im Gem.Komm. 3.A. § 18, Anm 96; Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 1960, S. 47

28) ähnlich Ulmer, a.a.O. (18), S. 668 und Belke, a.a.O. (19), S. 262 ff; vgl. auch BGH WuW/E BGH 1275 ("Fernost-Schiffahrtstkonferenz"); Rittner, Die Ausschließlichkeitsbindungen ..., S. 54 f

29) Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, abgedr. im Gem.Komm. 1. A. S. 1057 ff (1088)

30/ Griesbach, Wettbewerbspolitik ohne neues Leitbild, S. 36

gen Zwängen zum Abschluß veranlaßt wurde, ist das Eingehen einer vertraglichen Bindung letztenendes nur freiwillig möglich. Dieser Umstand läßt es kaum zu, darin gleichzeitig eine gegen den Betrieb oder seinen Inhaber gerichtete Maßnahme zu erblicken.

Die Anwendung des § 26 Abs 2 S. 2 scheitert damit daran, daß der Vertrag iSd § 18 nicht als Behinderung aufgefaßt werden kann. Bei der Subsumtion unter das Merkmal "Behinderung" ist hier nicht vom **u n b i l l i g e i n s c h r ä n k e n - d e n** Vertrag auszugehen, sondern nur vom iSd § 18 **e i n - s c h r ä n k e n d e n** Vertrag, denn die Behinderung selbst muß, um § 26 Abs 2 eingreifen zu lassen, ebenfalls unbillig sein. Anderenfalls würde die "Unbilligkeit" des einschränken- den Vertrags zunächst dafür verwendet werden, das Merkmal "Behinderung" iSd § 26 Abs 2 überhaupt auszufüllen und dann nochmals, um die von § 26 Abs 2 zusätzlich geforderte "Unbil- ligkeit" darzutun.

Die von § 26 Abs 2 S. 2 zwar herbeigeführte Erweiterung des Anwendungsbereichs ist somit kaum in der Lage, sich zugunsten von Unternehmen auszuwirken, die unbillig einschränkenden Verträgen iSd § 18 unterliegen.

cc) Die Anwendbarkeit des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Am 9. Dezember 1976 wurde das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen erlassen³¹⁾. Schon seit einigen Jahren waren Bestrebungen im Gange, das Rechtsgebiet der Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch gesetzliche Regelungen zu ordnen und sicherzustellen, daß die Interessen der Vertragspartner in angemessener Weise berücksichtigt werden³²⁾. Die Notwendigkeit für eine gesetzliche Regelung ergab sich, weil, insbesondere bei Verträgen mit dem Letztabnehmer, der von beiden Seiten ausgehandelte Vertrag immer mehr verdrängt wurde durch einen Massenvertrag, der entweder durch die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen oder durch seine vorformulierte Ausgestaltung dem einen Teil praktisch keine Möglichkeit der Einflußnahme auf seine tatsächliche Fassung gab³³⁾.

Die Situation für Unternehmen, die von anderen Unternehmen abhängig sind, und die daher Verträge iSd § 13 abschließen, welche sie in ihrer Vertragsfreiheit unbillig einschränken, entspricht der typischen Situation, die zu einer gesetzlichen Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Anlaß gab: Zwischen zwei markteteiligten Individuen besteht ein Machtgefälle; das eine Individuum ist genötigt einen Vertrag abzuschließen und sieht sich einem Vertragspartner gegenüber, der, seine Macht erkennend, zum Vertragsabschluß zwar bereit ist, der es jedoch mit einem Vertragsdiktat konfrontiert, das seine wettbewerbliche Freiheit bedroht³⁴⁾. Es macht dabei keinen bedeutsamen Unterschied, daß es sich bei den Individuen, die sich

31) BGBI Teil I, S. 3317 ff

32) Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) BT-Drucks. 7/3919, S. 10 ff; Löwe, BB 1974, S. 1033 ff, jeweils m.w.N.

33) Begr. d. RegE e. AGB-Gesetzes, a.a.O. S. 9

34) es ist jedoch umstritten, ob der Schutz des schwächeren Vertragspartners Schutzzweck des AGB-G ist; vgl. zum Streitstand mit Nachweisen Ulmer in: Ulmer-Brandner-Hensen, AGBG, Einleitung Rdn 47 ff

Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu unterwerfen haben, in der Mehrzahl der Fälle um Privatpersonen handelt. Die Situation ist für den Unternehmer nicht anders, bei ihm kann man lediglich annehmen, daß er geschäftskundiger ist und eher weiß, was ihn erwartet, wenn er einen Vertrag unter Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen eingeht.

Beim Zustandekommen von Verträgen iSd § 18 ist die Lage jedoch insofern anders, als die einschränkenden Klauseln weniger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im herkömmlichen Sinne, als in dem Vertragswerk selbst enthalten sind. § 1 Abs 1 S. 1 AGB-Gesetz bestimmt jedoch, daß Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen sind, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluß des Vertrags stellt³⁵⁾. Gleichgültig ist, so der Satz 2, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden. Diese Gleichstellung von Formularverträgen mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen im herkömmlichen Sinne erscheint zweckmäßig, da es sich bei den Allgemeinen Geschäftsbedingungen im herkömmlichen Sinne letztlich ebenfalls um vorformulierte Vertragsbedingungen handelt, die selbst lediglich nicht im Vertragswerk erscheinen, sondern durch Bezugnahme oder auf andere Weise Bindungskraft erhalten³⁶⁾.

Ist der gebundene Unternehmer jedoch ein Kaufmann, so findet das AGB-Gesetz auf ihn nur beschränkte Anwendung. Zwar verstehen sich die Vorschriften "im wesentlichen als Ausprägung des die Rechtsordnung insgesamt beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben. Deshalb sollen die grundlegenden und übergreifenden

35) zur Bestimmung des Begriffs Allgemeine Geschäftsbedingungen vgl. Koch/Stübing, AGB § 1 Rdn 2 ff; Ulmer, in Ulmer-Brandner-Hensen, AGBG § 1 Rdn 5 ff; Löwe-v.Westphalen-Trinkner, AGBG § 1 Rdn 6 ff; Dittmann/Stahl, AGB, S.19 ff; Stein, AGBG § 1 Rdn 7 ff; Dietlein/Rebmann, AGB aktuell, § 1 Anm 5 ff; Schlosser in Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, AGBG, § 1 Rdn 1 ff

36) vgl. auch Koch/Stübing, AGB § 1 Rdn 6 ff; Ulmer in Ulmer-Brandner-Hensen, AGBG § 1 Rdn 6 u. 21 ff; Dietlein, NJW 1974, S. 969 ff (971)

den Schutzvorschriften ... für die Gesamtheit des bürgerlichen Vertragsrechts gelten"³⁷⁾.

Doch finden nach § 25 AGB-Gesetz insbesondere die in den Klauselkatalogen der §§ 10 u. 11 AGB-Gesetz enthaltenen Einzelverbote keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen die gegenüber einem Kaufmann verwendet werden, wenn der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört. Es ist allerdings festzustellen, daß die Einzelverbote bei den hier interessierenden Vertragsgestaltungen iSd § 18 GWB ganz überwiegend nur von untergeordneter Bedeutung sein dürften.

Die Regelung des § 11 Nr 12 AGB-Gesetz allerdings könnte Verträge iSd § 18 GWB, die oftmals von längerer Dauer sind, beeinflussen. Nach § 11 Nr 12 AGB-Gesetz ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Dauerschuldverhältnissen unter anderem eine den anderen Vertragsteil länger als zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrags unwirksam. Bei vorformuliert geregelter Vertragsdauer könnte einem Kaufmann nur die Generalklausel helfen.

Die Generalklausel des AGB-Gesetzes, § 9, findet auch auf gegenüber Kaufleuten verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen Anwendung³⁸⁾. Nach § 9 Abs 1 AGB-Gesetz sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen³⁹⁾. Diese Regelung würde dazu führen, daß ein Vertrag iSd § 18 GWB, der das unterworfenen Unternehmen unbillig einschränkt, in den unbillig einschränkenden Vertragsbedingungen unwirksam wäre, da durch einen unbillig einschränkenden Vertrag iSd § 18 GWB die Gebote von Treu und Glauben zu Lasten des Unterworfenen in unangemessener Weise vernachlässigt werden. Voraussetzung wäre jedoch, daß der Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes eröffnet ist.

37) Begr. d. RegE e. AGB-Gesetzes, a.a.O. S. 14

38) vgl. Graba in: Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, AGBG, § 9 Rdn 17 ff; Löwe-v.Westphalen-Trinkner, AGBG § 9, Anm 74 ff

39) vgl. hierzu Graba, a.a.O., Rdn 40 ff; Brandner in: Ulmer-Brandner-Hensen, AGBG § 9 Rdn 51 ff; Koch/Stübing, § 9 Rdn 18 ff jeweils m.w.N.

Es fragt sich, ob neben dem AGB-Gesetz noch eine Erweiterung des GWB erforderlich ist, die Individualschutz für Unternehmen bewirkt, welche durch Verträge iSd § 18 GWB unbillig eingeschränkt werden.

Auch die Mehrzahl der Verträge iSd § 18 kennzeichnet, daß sie von dem bindenden Unternehmen in gleicher oder sehr ähnlicher Fassung mit einer größeren Anzahl von Unternehmen abgeschlossen wird. Die Brauerei legt ihren gebundenen Gastwirten jeweils gleiche Ausschließlichkeitsbindungen auf; die Mineralölunternehmen schließen mit ihren Tankstellenwarten ebenfalls größtenteils identische Vertriebsverträge; der Markenartikelhersteller verwendet im wesentlichen gleichlautende Vertriebsbindungen; das Unternehmen, das seine Geräte nur gekoppelt an den Bezug anderer Waren abgibt, bindet in gleicher Weise eine Vielzahl von Unternehmen. Der Regelfall dürfte sein, daß die bindenden Unternehmen ganze Bindungssysteme errichten. Auch der Blick in die Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamts zeigte⁴⁰⁾, daß die Unternehmen, welche dem rigorosen Vertragsdiktat wirtschaftlich starker Vertragspartner unterworfen waren, jeweils Teil eines bereits errichteten oder noch zu errichtenden Bindungssystems waren. Es kann mit Sicherheit angenommen werden, daß ein Unternehmer, der ein Bindungssystem errichten will, für seine Verträge in den bedeutsamen Punkten gleichlautend vorformulierte Bestimmungen verwendet. Er müßte anderenfalls bereits von vornherein mit dem Auftauchen von Unzufriedenheit bei den Unternehmen rechnen, die im Verhältnis zu anderen Unternehmen benachteiligt werden.

Gleichlautend vorformulierte Vertragsbestimmungen, die dazu bestimmt sind, in einer Vielzahl von Fällen angewendet zu werden, sind nach § 1 Abs 1 AGB-Gesetz als Allgemeine Geschäftsbedingungen anzusehen und reichen aus, um die Generalklausel des AGB-Gesetzes in jedem Fall zur Anwendung kommen zu lassen. Es wird also offenbar, daß die Mehrzahl der Verträge iSd § 18 unter den Geltungsbereich des AGB-Gesetzes fällt und daher an

40) vgl. oben S. 130 ff

seinen Anforderungen zu messen ist.

Im einzelnen ausgehandelte Vertragsbestimmungen sind nach § 1 Abs 2 AGB-Gesetz nicht als Allgemeine Geschäftsbedingungen anzusehen. Das hat zur Folge, daß das AGB-Gesetz auf Verträge mit frei ausgehandelten Vertragsbestimmungen insoweit keine Anwendung findet, da sich sämtliche Vorschriften des AGB-Gesetzes auf Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der Legaldefinition des § 1 Abs 1 AGB-Gesetz⁴¹⁾ beziehen.

Frei ausgehandelte Verträge dürften aber bei Vertragsgestaltungen iSd § 18 eine absolute Minderzahl darstellen. Werden Verträge Bestimmung für Bestimmung frei ausgehandelt, so hat der gebundene Vertragsteil, auch wenn er schwächer ist, aus faktischen Gründen mehr Möglichkeiten, auf das Vertragswerk insgesamt Einfluß zu nehmen. Er wird auch mehr gezwungen, sich mit den ihn belastenden Bestimmungen auseinanderzusetzen und Vor- und Nachteile abzuwägen, bevor er den Vertrag dann tatsächlich abschließt. Nicht zuletzt aus diesen Gründen will das AGB-Gesetz auch nur auf vorformulierte Vertragswerke Anwendung finden⁴²⁾. Eine gesonderte Regelung, die auch bei frei ausgehandelten Verträgen Anwendung findet, erscheint daher im gegenwärtigen Zeitpunkt weder innerhalb noch außerhalb des GWB erforderlich.

Es bleibt abzuwarten, welche Folgerungen die Praxis aus dem AGB-Gesetz ziehen wird. Sollte sich ergeben, daß die

41) vgl. Ulmer in: Ulmer-Brandner-Hensen, AGBG, Einführung vor § 1, Rdn 6 ff; Koch/Stübing, AGB, § 1 Anm 1

42) vgl. Begr. d.RegE, a.a.O. S. 15 f; Begr. des Entwurfs eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen von Seiten der CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag, BT-Drucks. 7/3200, S. 9 f

Generalklausel oder die Verfahrensbestimmungen⁴³⁾ ausreichenden Schutz nicht gewährleisten, oder daß die bindenden Unternehmen zur Umgehung des AGB-Gesetzes dazu übergehen, Verträge iSd § 18 pro forma individuell "auszuhandeln", aber tatsächlich dennoch den Vertrag diktieren, so wäre eine Regelung ins Auge zu fassen, die es Unternehmen ermöglicht, sich von einem Vertrag iSd § 18 zu befreien, wenn sie von dem Vertrag in ihrer Wettbewerbsfreiheit unbillig eingeschränkt werden und der Vertrag unter Ausnutzung eines bedeutsamen Abhängigkeitsverhältnisses zustande kam.

43) zu den Verfahrensbestimmungen des AGB-Gesetzes vgl noch unten S.193 ff

III. Individualschutz im Interesse der Wettbewerbsordnung

Für den Individualschutz bestehen dogmatisch gesehen zwei Rechtfertigungsgedanken ¹⁾: einerseits der Schutz des einzelnen um seinereigenen persönlichen Interessen willen und andererseits Schutz des einzelnen als Mittel zur Entfaltung und Sicherung einer übergeordneten Institution, der Wettbewerbsordnung. Dabei ist allerdings festzustellen, daß der zu gewährende Schutz im konkreten Fall von beiden Rechtfertigungsgedanken getragen sein kann. Der zweite Gesichtspunkt, Individualschutz im Interesse der Wettbewerbsordnung, soll nun im Hinblick auf seine konkrete Artikulationsmöglichkeit im Gesetz näher untersucht werden.

Der marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung wird gedient, vereinfacht gesprochen, wenn sie von Wettbewerbsbeschränkungen freigehalten wird. Einschränkend ist allerdings anzumerken, daß nicht jede Wettbewerbsbeschränkung nachteilige Folgen auf die marktwirtschaftliche Wettbewerbsordnung ausübt. Hierfür sind gerade die Verträge des § 18 ein anschaulicher Beweis. Theoretisch betrachtet, bedeutet jeder Vertrag iSd § 18 eine Wettbewerbsbeschränkung. Doch besteht über die Nützlichkeit dieser Verträge kein ernsthafter Zweifel. Sie sind aus dem gedeihlichen wirtschaftlichen Zusammenleben nicht ohne Schaden entfernbar. Ins Negative gehen die Wirkungen dieser Verträge jedoch über, wenn die daraus resultierenden Wettbewerbsbeschränkungen ein gewisses Maß überschreiten. Die Zweckbestimmung des § 18 ist es, deutlich zu machen, wann dieser Punkt erreicht ist, und der Kartellbehörde für diesen Fall die Möglichkeit zum Eingreifen zu verleihen.

1) in Anlehnung an Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in *summa ius summa iniuria*, S.145 ff.

vgl auch oben Kap.B.1. u. III., S.129 ff und S.137 ff

1. Alternative Gestaltungsmöglichkeiten des Wettbewerbs- schutzes

Die Definition des Punktes, bei dessen Erreichen die negativen Folgen eines Vertrages iSd § 18 die positiven Wirkungen übersteigen und daher Abhilfe zum Schutze der Wettbewerbsordnung erforderlich ist, kann von verschiedenen Blickwinkeln aus erfolgen.

Einmal, am nächsten liegend, mit Sicht auf den Wettbewerb, als die von der Wirtschaftsordnung gewollte Veranstaltung. Der zu definierende Grenzpunkt wird hier durch das Erreichen einer bestimmten Intensität der Wettbewerbsbeeinträchtigung festgestellt. Hiervon geht § 18 Abs 1 Buchst. c aus.

Eine zweite Möglichkeit bietet sich, wenn man die Auswirkungen der Verträge auf dritte Unternehmen betrachtet. Für Dritte wirken sich die Verträge des § 18 insbesondere in der Form aus, daß ihnen potentielle Vertragspartner entzogen werden und dadurch der Marktzutritt erschwert wird. Der zu definierende Grenzpunkt kann daher durch das Maß der Erschwernis des Marktzutritts beschrieben werden. Von dieser Möglichkeit macht § 18 Abs 1 Buchst. b Gebrauch.

Schließlich läßt sich der Grenzpunkt durch die beschränkenden Auswirkungen auf die gebundenen Vertragsteile beschreiben. Eine derartige Regelung wurde durch Abs 1 Buchst. a neu in § 18 aufgenommen. Der Individualschutz des gebundenen Vertragsteils wird so zum Ansatzpunkt für einen Schutz der Wettbewerbsordnung.

2. Die wettbewerbliche Relevanz der Bindungen

Soll der Individualschutz ein Mittel zur Erzielung förderlicher Wirkungen auf die Wettbewerbsordnung sein, so ist zu fordern, daß die einzelne Eingriffsmaßnahme spürbare

Resultate auf den Wettbewerb zeitigt. Within ist die wettbewerbliche Relevanz der Bindungen von Bedeutung, die als Voraussetzung für ein Eingreifen der Kartellbehörde dienen sollen.

Jeder Bindungsvertrag iSd § 18 bringt von seiner Natur her beschränkende Wirkungen auf den Wettbewerb mit sich. Diese Beschränkungswirkung wird mit der Grundentscheidung für die Zulässigkeit der Verträge iSd § 18 hingenommen. Ein einzelner Vertrag kann daher das individualschützende Eingreifen der Kartellbehörde unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbschutzes nicht rechtfertigen. Ein Eingreifen der Kartellbehörde hätte in diesem Fall ganz überwiegend individualschützenden Charakter und ist, wie oben dargelegt, unter normalen Voraussetzungen abzulehnen.

a) Die gleichartige Bindung mehrerer Unternehmen

Es entspricht heute der Praxis sehr vieler Unternehmen, die Verträge iSd § 18 auf der Binderseite abzuschließen, daß sie derartige Verträge in gleicher oder ähnlicher Form mit mehreren Unternehmen zur selben Zeit laufen haben. Zusammengefaßt bilden derartige Verträge unter Umständen ein Potential, dessen Ausmaß für den Wettbewerb spürbar ist. Würde man also eine Gesamtheit von Bindungsverträgen einer kollektiven Eingriffsmöglichkeit der Kartellbehörde unterstellen, so ergäben sich hieraus bedeutsame Wirkungen für den Wettbewerb, sofern die Zahl der gebundenen Unternehmen, und damit der unter der Bindung getätigte Umsatz, ein im Verhältnis zum Markt und zum Wettbewerb relevantes Ausmaß erreicht. Es besteht eine Wechselbeziehung zwischen der Anzahl der von demselben Unternehmen in gleicher Art gebundenen Vertragspartner und der Bedeutsamkeit dieser Bindungen für den Wettbewerb.

b) Die Bestimmung der wettbewerblichen Relevanz

aa) Administrative Erleichterung möglich?

Es sind nun die quantitativen Voraussetzungen zu bestimmen, unter denen das individualschützende Eingreifen der Kartellbehörde, das zugleich der Entfaltung und Sicherung der Wettbewerbsordnung dienen soll, Eingang in § 18 finden kann. Hierbei ist ein Problem von Bedeutung, das bereits angeschnitten wurde ³⁾: können Eingriffskriterien ohne Verfälschung des Eingriffszwecks so gestaltet werden, daß sich eine administrative Erleichterung ergibt, konkret, sind Eingriffsvoraussetzungen formulierbar, die ein Eingreifen der Kartellbehörde zwar nur in wettbewerbsrelevanten Fällen zulassen, ihr aber die Marktfolgenprüfung ersparen?

Versuche in diese Richtung enthielten die Entwürfe ⁴⁾ eines Zweiten Änderungsgesetzes zum GWB. Sie wollten ein Eingreifen der Kartellbehörde zulassen, soweit durch Verträge iSd § 18 Abs 1 Nr 1-4 eine "Mehrzahl" bzw. eine "Vielzahl" von Unternehmen gleichartig gebunden und in ihrer Wettbewerbsfreiheit (im Gebrauch von Wettbewerbsmitteln) unbillig eingeschränkt ist.

Die in den Entwürfen gebrauchten Formulierungen wurden ihrem Anspruch nicht gerecht ⁵⁾. Hier zeigt sich die große Schwierigkeit, wenn nicht Unmöglichkeit, eine Formulierung zu finden, die der Kartellbehörde ein Eingreifen auf Grund der zwischenparteilichen Verhältnisse ohne Marktfolgenprü-

3) vgl oben S. 141 f

4) Überarbeitete Fassung des Referentenentwurfs eines Zweiten Gesetzes zu Änderung des GWB vom 28.10.1970; Kabinettsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB vom 14.5.1971, Gesch.Z.: BWI I B 5 - 22 13 53

5) ebenso Benisch, WRP 1970, S. 373; a.A. Weyhenmeyer, WRP 1971, S.155 ff

fung erlaubt, dessen wettbewerbliche Bedeutsamkeit jedoch zugleich sichergestellt ist.

Die Marktfolgenprüfung bliebe der Kartellbehörde nur erspart, wenn sie bei einer bestimmten Anzahl von gebundenen Unternehmen oder, was im Ergebnis das gleiche ist, bei einer bestimmten Höhe des "gebundenen" Umsatzes, davon ausgehen könnte, daß eine wettbewerbliche Relevanz vorhanden ist. Die Worte "Vielzahl" oder "Mehrzahl" geben keine konkrete Zahl an. Eine "Mehrzahl" liegt bereits bei zwei Unternehmen vor. Bei einer "Vielzahl" muß es sich um mehr als zwei Unternehmen handeln, es braucht aber keine große Anzahl zu sein ⁶⁾. Eine Grenze nach oben ist jedoch nicht gezogen. Ginge die Kartellbehörde davon aus, daß die notwendigen Voraussetzungen bereits bei vier Unternehmen erfüllt sind, so wäre damit nicht zugleich gewährleistet, daß die Bindung dieser Unternehmen eine wettbewerbsrelevante Bedeutung besitzt. Hat der Markt, auf dem die Bindung abgeschlossen wurde, atomistische Struktur, so ist die Bindung von vier Unternehmen kaum spürbar. Anders jedoch beispielsweise dann, wenn der Markt auf der Seite der Gebundenen die Struktur eines engen Oligopols besäße. Die Bindung von vier Unternehmen könnte hier bereits einen großen Teil des Marktes abdecken. Die wettbewerbliche Bedeutung könnte bei einer Bindung von vier Unternehmen also vorliegen, sie ist aber nicht in jeder Marktsituation zwangsläufig gegeben.

Auch wenn die Kartellbehörde nicht an der Untergrenze bliebe, sondern eine beliebig höhere Zahl als "Vielzahl" oder "Mehrzahl" annähme, wäre damit nicht viel gewonnen. Diese Zahl würde in einigen Fällen möglicherweise zu hoch liegen, in anderen Fällen unter Umständen noch zu niedrig sein. Auf Grund der Vielfalt der Marktstrukturen kann

6) Weyhenmeyer, WRP 1971, S 155

also eine generelle zahlenmäßige Aussage, die in allen denkbaren Fällen etwa gleiche Voraussetzungen im Hinblick auf die wettbewerbliche Bedeutung schaffen würde, nicht gemacht werden. Die wettbewerbliche Bedeutung der Bindung läßt sich angemessen nicht ohne Prüfung des Marktes feststellen. Es zeigt sich also, daß der geforderte materielle Zweck der Gesetzesänderung - Individualschutz zum Zwecke der Entfaltung und Sicherung der Wettbewerbsordnung - insoweit nicht mit einer administrativen Erleichterung - Verzicht auf die kartellbehördliche Marktfolgenprüfung - verbunden werden kann.

bb) Das Ausmaß des "gebundenen" Umsatzes

Die wettbewerbliche Bedeutung des kartellbehördlichen Eingriffs kann von den Voraussetzungen her nicht nur in der Weise sichergestellt werden, daß man auf die Anzahl der gebundenen Unternehmen abstellt. Denkbar wäre auch eine Regelung, die auf das Ausmaß des unter den gleichartigen Bindungen getätigten Umsatzes abstellt. Man könnte etwa formulieren: Die Kartellbehörde kann eingreifen (in der Art und unter den sonstigen Voraussetzungen des § 18), "... soweit ein von gleichartigen Bindungen gekennzeichnete Umsatz ein wettbewerbserhebliches Ausmaß besitzt ...". Doch scheint diese Möglichkeit weniger geeignet zu sein. Schon die Anwendung einer derartigen Bestimmung würde große Schwierigkeiten bereiten. Welcher Zeitraum sollte für den Umsatz maßgeblich sein? Der Umsatz, der in der Vergangenheit getätigt wurde, sagt nur beschränkt etwas darüber aus, wie groß der Umsatz in der Zukunft sein wird. Doch auf die Zukunft richtet sich eine kartellbehördliche Unwirksamkeitserklärung in erster Linie. Stellt man auf den unter den Bindungen noch zu erwartenden Umsatz ab, so ist die Beurteilung insofern unsicher, als der zukünftige Umsatz kaum mit der erforderlichen Sicherheit vorausgesagt werden kann. Darüberhinaus wären die Ermittlungen in einem solchen Fall erheblichen

Schwierigkeiten ausgesetzt. Beim individualschützenden Eingreifen der Kartellbehörde dürfte es deshalb näher liegen, auf die zu schützenden Subjekte abzustellen, wenn das Eingreifen darüberhinaus Zwecke des Institutions-schutzes verfolgt. Die Anzahl der frei werdenden Unternehmen sagt mehr über den Einfluß auf den Wettbewerb aus als das "frei werdende" Umsatzvolumen. Der erforderliche Umsatz kann beispielsweise aus einer Bindung von nur zwei Unternehmen oder nur eines Großunternehmens resultieren. Eine gewisse Wettbewerbsbelebung wird zwar auch die Folge sein, wenn diese Unternehmen von der Bindung befreit werden. Sie ist jedoch nicht in gleicher Weise sichergestellt, als wenn auf die Anzahl der Unternehmen abgestellt wird, die dann alle als "befreite" Anbieter oder Nachfrager auf dem Markt erscheinen. Das frei werdende Großunternehmen könnte sogleich einen einzigen neuen Vertrag mit einem anderen Unternehmen schließen und der wettbewerbliche Effekt des Eingriffs wäre bereits aufgebraucht.

c) Die Billigkeit der Bindungsverträge

Definiert man den Grenzpunkt, bei dessen Erreichen die negativen Folgen von Verträgen iSd § 18 die positiven Wirkungen übersteigen und daher ein Eingreifen der Kartellbehörde zum Schutze der Wettbewerbsordnung erforderlich ist, durch die beschränkenden Auswirkungen auf die gebundenen Vertragsteile, so fragt es sich, ob man sich mit der Beschränkungswirkung allein im Hinblick auf den Wettbewerb zufrieden gibt, oder ob darüberhinaus die Angemessenheit oder das Übermaß der vertraglichen Einschränkungen in ihrer subjektiven Wirkung zwischen den Vertragsparteien von Bedeutung sein sollte.

Den Verträgen iSd § 18 immanent ist eine über den bloßen Austauschvertrag hinausgehende Beschränkungswirkung für den gebundenen Vertragsteil. Da die grundsätzliche Zulässigkeit der Verträge iSd § 18 nicht in Frage steht, erstreckt sich die Zulässigkeit auch auf die über den Austauschvertrag hinausgehende Beschränkungswirkung. Daraus ist zu folgern, daß die Beschränkung des gebundenen Vertragsteils, sofern sie angemessen ist, nicht die Grundlage eines vom Individualschutz ausgehenden Tätigwerdens der Kartellbehörde bilden sollte. Dies gilt auch dann, wenn ein erheblicher Teil des Marktes mit gleichartigen Bindungsverträgen iSd § 18 überzogen ist. Andernfalls wären Eingriffe der Kartellbehörde möglich, obwohl die einzelnen Bindungsverträge in ihrer Wirkung zwischen den Vertragsparteien keinen Anlaß zur Beanstandung geben. Nimmt man die beschränkende Wirkung des Vertrags zwischen den Vertragsparteien als Ansatzpunkt für ein Eingreifen der Kartellbehörde, so ergibt sich hierfür erst eine Rechtfertigung, wenn die wettbewerblichen Einschränkungen des gebundenen Vertragsteils der Billigkeit nicht oder nicht mehr entsprechen.

d) Ergebnis

Stellt man also auf die Anzahl der gleichartig gebundenen Unternehmen ab, berücksichtigt, daß ihre Zahl eine wettbewerbserhebliche Bedeutung der Bindungen voraussetzen soll, berücksichtigt ferner, daß eine Aufhebung der Bindungen nur gerechtfertigt ist, wenn daraus übermäßige Einschränkungen der gebundenen Vertragsteile resultieren, so ergibt sich, daß die Formulierung den Ansprüchen gerecht wird, welche das Zweite Änderungsgesetz für § 18 Abs 1 Buchst a gefunden hat: Die Kartellbehörde kann Verträge für unwirksam erklären und die Anwendung neuer,

gleichartiger Bindungen verbieten, soweit dadurch (durch die Bindungen iSd Abs 1 Nr 1-4)

eine für den Wettbewerb auf dem Markt erhebliche Zahl von Unternehmen gleichartig gebunden und in ihrer Wettbewerbsfreiheit unbillig eingeschränkt ist.

IV. Die Stellung des gebundenen Vertragsteils im Verfahren

1. Die Stellung nach den geltenden Vorschriften

Nach den geltenden gesetzlichen Vorschriften ist die Stellung des gebundenen Vertragsteils im kartellbehördlichen Verfahren schwach. Seine Einflußmöglichkeit auf ein Tätigwerden der Kartellbehörde ist sehr gering.

Im Verfahren nach § 18 steht dem gebundenen Vertragsteil nach ganz herrschender Meinung ¹⁾ ein formelles Antragsrecht nicht zu. Er hat nur die Möglichkeit, durch eine Anzeige bei der Kartellbehörde ein Verfahren anzuregen. Der abweichenden Meinung *Langen* ²⁾ steht die insofern eindeutige, wenn auch, wie *Schwartz* ³⁾ zutreffend bemerkt "merkwürdige" Begründung des Wirtschaftsausschusses ⁴⁾ zur Streichung des ursprünglich vorgesehenen Antragsrechts entgegen. In dem Verfahren nach § 22 Abs 4 u 5 steht dem gebundenen Vertragsteil ebenfalls kein Antragsrecht zu ⁵⁾.

Infolge des fehlenden Antragsrechts hat der gebundene Vertragsteil nur geringe rechtliche Möglichkeiten, ein Tätigwerden der Kartellbehörde herbeizuführen. Die Er-

-
- 1) LKartB Hessen, WuW/E LKartB 83/84; Baumbach/Hefermehl § 18 GWB Anm 15; Müller/Giessler § 18 Anm 75; Schwartz im Gem.Komm. 3.A. § 18 Anm 84; Rittner, DB 1957, S.1122
 - 2) *Langen* § 18 Anm 44; in der 5. Aufl. aufgegeben
 - 3) *Schwartz a.a.O.*
 - 4) Bericht des BT-Ausschusses für Wirtschaftspolitik, III., zu § 13, abgedr. im Gem.Komm. 1.A., S 1186;
 - 5) Müller /Giessler § 22 Anm 50; BGH WuW/E BGH 995 ("Taxiflug")

öffnung eines Verfahrens und der Erlaß einer Verfügung bleibt ihrem pflichtgemäßen Ermessen überlassen⁶⁾. Die Möglichkeit, durch eine Untätigkeitsbeschwerde gemäß § 62 Abs 3 S. 2 u. 3 ein Verfahren und eine Eingriffsverfügung zu erzwingen, besteht nur, wenn jede andere Entscheidung einem Ermessensfehlgebrauch gleichkäme. Diese Situation wird jedoch nur in seltenen Fällen gegeben sein⁷⁾.

Die Entscheidung der Kartellbehörde über die Vereinbarkeit eines Vertrages mit den Grundsätzen des § 18 betrifft notwendigerweise beide Vertragspartner. Ein einmal eingeleitetes Verfahren richtet sich somit ebenfalls gegen beide Vertragspartner⁸⁾, so daß der gebundene Vertragsteil gemäß § 51 Abs 2 Nr 2 notwendigerweise Verfahrensbeteiligter ist und gemäß § 62 Abs 2 das Recht zur Beschwerde besitzt. Dieselben Überlegungen gelten bei der Unwirksamkeitserklärung nach § 22 Abs 5; sie ist zwar veranlaßt durch ein mißbräuchliches Verhalten des Binders und zielt daher wohl in erster Linie gegen ihn, doch an einem Vertrag ist auch der andere Partner beteiligt, so daß sich ein rechtsgestaltender Eingriff zwangsläufig auch gegen den anderen Vertragspartner richtet.

-
- 6) vgl. hierzu allgemein bereits oben S. 58 ff; Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 135, billigt den Betroffenen jedoch ein subjektiv öffentliches Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch zu; vgl. auch Witthuhn, Die Ausgestaltung der privaten Klage, S. 111 ff
- 7) vgl. hierzu oben S. 59
- 8) so auch BKartA WuW/E BKartA 73; Langen § 51 Anm 11; Rasch/Westrik, § 51 Anm 13; Schöne, WRP 1960, S. 334; Müller/Giessler, § 18 Anm 71; nach der Gegenmeinung stellt § 51 Abs 2 Nr 2 darauf ab, wer als "Störer" im Sinne des Gesetzes anzusehen sei und gegen wen in diesem Sinne eingeschritten werde, vgl. Frankf.Komm. § 51 Anm 49, 58; Junge im Gem. Komm. § 51 Anm 13; vgl. auch Griesshaber, Die Beiladung, S. 138 f; Hertin, Die Beteiligten, S. 103; neuerdings K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht ..., S. 496 ff

Die Untersagungsverfügung gemäß § 22 Abs 4 und Abs 5 berührt zwar möglicherweise auch die Interessen des gebundenen Vertragsteils, sie richtet sich aber nur gegen das "beherrschende" Unternehmen, da nur ihm ein mißbräuchliches oder verbotenes Verhalten untersagt werden kann. Das bedeutet, daß lediglich das "beherrschende" Unternehmen gemäß § 51 Abs 2 Nr. 2 notwendigerweise Verfahrensbeteiligter ist.

Der gebundene Vertragsteil kann eine Beteiligtenstellung und die daraus gemäß § 62 Abs 2 folgende Beschwerdebefugnis nur über eine kartellbehördliche Beilagung⁹⁾ gemäß § 51 Abs 2 Nr. 4 erreichen. Hierfür ist erforderlich, daß es sich bei dem gebundenen Vertragsteil um eine Person handelt, "deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden".

Da es bei der Entscheidung der Kartellbehörde um den Schutz des gebundenen Vertragsteils geht, werden seine Interessen in jedem Falle berührt. Dabei handelt es sich, wie von der h.M. im Rahmen des § 51 gefordert, um Marktinteressen¹⁰⁾.

Weiteres Erfordernis einer Beiladung gem. § 51 Abs 2 Nr. 4 ist die Erheblichkeit der Interessenberührung. Für die Bestimmung der Erheblichkeit bieten sich im wesentlichen zwei Möglichkeiten an: Man kann die Beeinträchtigung in Beziehung zu dem Umsatz des Betroffenen setzen¹¹⁾ oder aber von einem bestimmten Schadensumfang an immer eine erhebliche Beeinträch-

9) zum Beiladungsverfahren vgl. K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht ..., S. 474 ff

10) BKartA WuW/E 92; Junge im Gem.Komm. § 51 Anm 13; Langen, § 51 Anm 14; Starck, BB 1960, S. 462; Schöne, WRP 1960, S. 263; Weidinger, Der Rechtsschutz betroffener Dritter ..., S. 67 will auf das Erfordernis des Marktinteresses verzichten und alle Marktteilnehmer als beiladungsfähig sehen.

11) BKartA WuW/E 92 u. 176; Junge im Gem.Komm., § 51 Anm 17; modifizierend Frankf.Kom. § 51 Anm 84; entscheidend ist der Umsatz im jeweiligen Marktbereich

tigung sehen¹²⁾. Daneben macht Weidinger¹³⁾ auf die Möglichkeit aufmerksam, beide Maßstäbe in der Form zu kombinieren, daß grundsätzlich ein relativer Maßstab angelegt wird, daß aber unter einer bestimmten absoluten Grenze nie und über einer bestimmten absoluten Grenze immer ein erhebliches Betroffensein angenommen wird.

Im Anschluß an das KG ist es vorzuziehen, die Erheblichkeit der Interessenberührung nach einem absoluten Maßstab festzustellen. Hierdurch kann die Benachteiligung größerer Unternehmen vermieden werden¹⁴⁾. Der Gefahr, daß dann kleinere Unternehmen nie beladen werden könnten, ist durch eine großzügige Auslegung des Begriffs "erheblich" zu begegnen: lediglich die entfernt oder absolut geringfügig Betroffenen sollten vom Verfahren ferngehalten werden¹⁵⁾. Diese Art der Beurteilung hat auch den Vorzug der leichteren Praktikabilität.

Die überwiegende Meinung verneint einen Rechtsanspruch auf Beiladung, die Kartellbehörde entscheide nach pflichtgemäßem Ermessen¹⁶⁾. Dabei ist jedoch zu bedenken, daß § 62 Abs 2 das

12) KG WuW/E OLG 393 u. 400; Langen, § 51 Anm 15; Sprenkmann, GRUR 1960, S. 526 ff (530)

13) Weidinger, Der Rechtsschutz betroffener Dritter..., S. 69

14) KG a.a.O., 393 u. 400;

15) KG a.a.O., 395 u. 400; dagegen Junge im Gem.Komm. § 51, Anm 51; Frankf.Komm. § 51 Anm 84

16) vgl. KG WuW/E OLG 339 ff (342 f) ("IG-Bergbau"); WuW/E OLG 392 ("Exportförderung"); WuW/E OLG 1072 ("Triest-Klausel"); OLG München WuW/E OLG 1072 ("örtliche Stromversorgung"); Müller/Giessler, § 51 Anm 12; Junge im Gem. Komm. § 51, Anm 19; Stark, BB 1960, S. 465; Schöne, WRP 1960, S. 263; Mailänder, WuW 1965, S. 663; Frankf.Komm. § 51, Anm. 86; Rasch/Westrik, § 51 Anm 26; Griesshaber, Die Beiladung ..., S. 50 f; Weinhardt, Die Klagebefugnis ..., S. 101; ausf. Hertin, Die Beteiligten ..., S. 124 f, 146 ff

Beschwerderecht auf Verfahrensbeteiligte beschränkt. Man wird dem an einer Beiladung interessierten Unternehmen daher im Hinblick auf Art. 19 Abs 4 GG dann einen Rechtsanspruch auf Beiladung zubilligen müssen, wenn durch eine kartellbehördliche Verfügung oder ihre Unterlassung in subjektiv-öffentliche Rechte dieses Unternehmens eingegriffen wird¹⁷⁾. Dieses subjektiv-öffentliche Recht wird man dem gebundenen Vertragsteil bei Verfahren nach § 22 Abs 4 u. 5 zubilligen müssen, da § 22 Abs 4 u. 5 individualschützenden Charakter trägt und die Kartellbehörde zu individualschützenden Verfügungen ermächtigt¹⁸⁾.

2. Erforderlichkeit eines Antragsrechts

Die Regelung eines Individualschutzes für den Gebundenen erfordert es, den zu schützenden Individuen ein gewisses Maß an Einflußmöglichkeiten auf das Verfahren zu gewähren. Ein Individualschutz ohne die Möglichkeit des Geschützten, eine Überprüfung der Schutzbedürftigkeit selbst herbeiführen zu können, würde seinem Anspruch nicht gerecht werden. Dies gilt auch für den Wettbewerbsschutz in Gestalt des kollektiven Individualschutzes. Die förderliche Wirkung für den Wettbewerb entsteht dort durch den zusammengefaßten Schutz der einzelnen gebundenen Unternehmen. Es wurde bereits dargelegt, daß das Eigeninteresse einzelner an der Auflösung von Verträgen iSd § 18 im Regelfall positive Auswirkungen auf den Wettbewerb zeitigt¹⁹⁾.

Da die Eigeninitiative der Gebundenen den Schutz des Wettbewerbs herbeiführen soll, ist eine Stärkung der verfahrensrechtlichen Stellung dieser Eigeninitiative angezeigt. Aus der Sicht der *h i e r* angestellten Überlegungen ist daher zu fordern, daß die Einflußmöglichkeit der beeinträchtigten Unternehmen in den Fällen der §§ 18 und 22 Abs 4 u. 5 durch die Gewährung eines

17) Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 51 Anm 16; vgl. auch Hertin, Die Beteiligten ..., S. 151 ff; Soell, Beiladung ..., S. 439 ff; neuerdings K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht ..., S. 493 ff, 501 ff

18) vgl. hierzu oben S. 74 f; vgl. auch K. Schmidt, a.a.O., S. 512 f, 586 ff

19) vgl. oben, Kap C III., S. 137 ff

Antragsrechts²⁰⁾ eine angemessene Verstärkung erhält. Dem GWB ist die Zubilligung eines Antragsrechts sowohl zur Durchsetzung von Individualschutz als auch im Interesse des Wettbewerbs nicht fremd. Das Antragsrecht des § 17 Abs 1 dient in gleichem Maße dem Interesse des preisgebundenen Abnehmers an der Aufhebung einer mißbräuchlichen Preisbindung, wie dem Interesse der Allgemeinheit an einem funktionierenden Preiswettbewerb. Nach § 27 Abs 1 hat die Kartellbehörde auf Antrag ein Verfahren zur Anordnung der Aufnahme eines einzelnen Unternehmens in eine Wirtschafts- oder Berufsvereinigung durchzuführen.

Die Gewährung eines Antragsrechts hätte zur Folge, daß dem Antragsberechtigten ein subjektiv-öffentliches Recht auf Verfahrenseröffnung zustünde. Dieses Recht könnte mit Hilfe der Untätigkeitsbeschwerde gemäß § 62 Abs 3 S 2 unmittelbar durchgesetzt werden, das heißt die Verfahrenseröffnung hinge nicht mehr vom Ermessen der Kartellbehörde ab. Damit wäre für die beeinträchtigten Unternehmen gewonnen, daß die Kartellbehörde nun gezwungen wäre, sich vom Ausmaß und der Intensität der Beeinträchtigung ein Bild zu machen. Hinsichtlich des Erlasses der beantragten Maßnahme selbst wäre die Ermessensfreiheit der Kartellbehörde nicht eingeschränkt. Eine Ablehnung wäre selbst bei Vorliegen der Eingriffsvoraussetzungen weiterhin möglich, sofern sie ermessensfehlerfrei erfolgen könnte.

20) kritisch zur Einführung der Möglichkeit, ein Verfahren zu erzwingen, S t e i n d o r f in: ZHR 138 (1974), S. 504 ff (526) unter Hinweis auf die Gefahr, daß die Kartellbehörde dann u.U. ihre Schwerpunktpolitik aufgeben müsse.

3. Verfahrensregelungen des AGB-Gesetzes

während über die materiellrechtlichen Regelungen eines AGB-Gesetzes von Anfang an im wesentlichen Einigkeit bestand¹⁰⁾, war die Diskussion über die notwendigen Verfahrensregelungen lange Zeit kontrovers. Der ursprüngliche Regierungsentwurf enthielt daher noch keine verfahrensrechtlichen Vorschriften für eine Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen¹¹⁾ - im Gegensatz zu dem Entwurf der CDU/CSU-Fraktion¹²⁾. Man war aber grundsätzlich übereinstimmend der Auffassung, daß die verfahrensrechtlichen Kontrollmöglichkeiten erweitert werden sollten¹³⁾.

Die Vorschläge gingen von einer Unterlassungsklage für AGB-Unterwerfene¹⁴⁾ und sachkundige Verbände¹⁵⁾ mit Streitwertbegünstigung¹⁶⁾ über eine nachträgliche Verwaltungskontrolle bis hin zu dem Modell, Allgemeine Geschäftsbedingungen zurechtlich bindenden Verwendung nur zuzulassen, wenn sie ein staatliches Genehmigungsverfahren durchlaufen haben¹⁷⁾.

Gesetz wurde schließlich eine Regelung, nach welcher der Verwender von nach den Vorschriften des AGB-Gesetzes unwirksamen Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

10) vgl. Begr. im Bericht des Rechtsausschusses zu den Entwürfen eines AGB-Gesetzes von seiten der CDU/CSU-Fraktion und der Regierung, BT-Drucks. 7/5422, S.2 f

11) Begr. d. RegE e. AGB-Gesetzes, BT-Drucks. 7/3919, S. 15

12) §§ 26 ff d. CDU/CSU-E e. AGB-Gesetzes, BT-Drucks. 7/3200

13) vgl. Schlosser, ZRP 1975, S. 148 ff m.w.N.

14) § 26 d. CDU/CSU-E, a.a.O.

15) § 27 d. CDU/CSU-E, a.a.O.

16) § 31 d. CDU/CSU-E, a.a.O.

17) vgl. Schlosser, a.a.O.

auf Unterlassung und im Fall des Empfehls auch auf Widerruf in Anspruch genommen werden kann (§ 13 Abs 1 AGB-Gesetz). Aktiv legitimiert sind dabei nach § 13 Abs 2 AGB-Gesetz lediglich Verbraucherverbände, Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen, Industrie- und Handelskammern und Handwerkskammern.

Dem Unterlassungsurteil wurde eine gewisse Breitenwirkung zuerkannt. Handelt der verurteilte Verwender dem Unterlassungsurteil zuwider, so ist nach § 21 AGB-Gesetz die Bestimmung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen als unwirksam anzusehen, soweit sich der betroffene Vertragsteil auf die Wirkung des Unterlassungsurteils beruft.

Eine Streitwertbegünstigung wurde nicht aufgenommen. § 22 AGB-Gesetz begrenzt den Streitwert lediglich auf 500 000 DM.

Betrachtet man die verfahrensrechtlichen Regelungen aus dem Blickwinkel eines Unternehmens, das durch einen Vertrag iSd § 18 GWB gebunden ist, so läßt sich leider keine Verbesserung seiner Möglichkeiten erkennen. Will es die Unwirksamkeit oder Teilunwirksamkeit eines übermäßig einschränkenden Vertrags erreichen, so muß es in jedem Falle das volle Prozeßrisiko tragen. Es kann sich auch nicht der Hilfe von Verbänden bedienen, um auf dem Umweg über ein Unterlassungsurteil seine Befreiung zu erreichen. § 21 AGB-Gesetz greift nämlich in Fällen, in denen der Vertrag bereits vor Ergehen des Unterlassungsurteils abgeschlossen wurde, nicht ein¹⁸⁾.

Das Prozeßkostenrisiko wird gerade den wirtschaftlich schwachen Unternehmer in vielen Fällen davon abhalten, die Befreiung von übermäßig einschränkenden Vertragsbedingungen auf gerichtlichem Wege zu suchen. Aus dieser Sicht

18) so jedenfalls die Begründung des Rechtsausschusses zu § 21 AGB-Gesetz, BT-Drucks. 7/5422, S. 13; ebenso Hensen in: Ulmer-Brandner-Hensen, AGBG, § 21 Rdn 4; Dietlein/Rebmann, AGB aktuell, § 21 Rdn 3; Koch/Stübing, AGB § 21 Rdn 15; a.A. Löwe-v.Westphalen-Trinkner, AGBG, § 17 Rdn 33; Schlosser, in: Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, § 21 Rdn 6

ist eine Streitwertbegünstigung auch für das AGB-Gesetz zu fordern, wie sie in § 23 a UWG und § 53 PatG bereits vorgezeichnet ist. Nach den genannten Bestimmungen kann das Gericht auf Antrag einer Partei anordnen, daß die Verpflichtung dieser Partei zur Zahlung von Gerichtskosten sich nach einem ihrer wirtschaftslage angepaßten Teil des Streitwerts bemißt, wenn die Partei glaubhaft macht, daß die Belastung mit den Prozeßkosten nach dem vollen Streitwert ihre wirtschaftliche Lage erheblich gefährden würde. Die Rechtsanwaltsgebühren bemessen sich dann ebenfalls nach diesem Teil des Streitwerts.

Vorschläge hierzu enthielt bereits der Entwurf der CDU/CSU-Fraktion¹⁹⁾. Bei einer auch vom Gesetzgeber nicht ausgeschlossenen Überarbeitung des AGB-Gesetzes in absehbarer Zeit²⁰⁾ sollte eine Streitwertbegünstigung erneut in das Gesetzgebungsverfahren einbezogen werden.

19) vgl oben S.193, Anm 16

20) vgl Begr. des Rechtsausschusses, a.a.O., S.4

F. Zusammenfassung

Nach einer historischen Betrachtung der gesetzlichen Regelung wettbewerbsbeschränkender Verträge iSd § 18 erbrachte eine Untersuchung der zivilrechtlichen Rechtsprechung zu diesen Vertragsarten, daß der Schutz des gebundenen Vertragsteils durch die Vorschriften des BGB mit kleineren Einschränkungen dann als ausreichend angesehen werden kann, wenn sich bei Vertragsabschluß Vertragspartner von annähernd gleicher Macht gegenüberstanden. Ist der eine Vertragspartner durch ein wie auch immer geartetes Machtübergewicht in der Lage, Druck auf den anderen auszuüben, so reicht der von den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften gewährte Schutz nicht aus.

Neben einigen Argumenten für eine Regelung des Individualschutzes zugunsten der gem. § 18 Gebundenen - in erster Linie Hilfe für die Wettbewerbsfreiheit der Gebundenen und Nutzbarmachung des Eigeninteresses einzelner zur Erhaltung und Förderung der Wettbewerbsordnung - waren auch einige Probleme festzustellen, die sich jedoch als nicht so gravierend herausstellten als daß sie einer Regelung des Individualschutzes der Gebundenen ernsthaft im Wege stünden.

Die Untersuchungen ergaben weiterhin, daß der Schutz des gebundenen Vertragsteils im Normalfall, d.h. wenn beide Vertragspartner den nahezu gleichen Einfluß auf den Vertragsabschluß und die Vertragsgestaltung ausüben konnten, dem bürgerlichen Recht überlassen bleiben sollte.

Nützen marktbeherrschende Unternehmen ihre Machtstellung beim Abschluß und der Praktizierung von Verträgen iSd § 18 mißbräuchlich aus, so bietet die Eingriffsbefugnis der Kartellbehörde nach § 22 ausreichenden Schutz..

Trotz der durch die Novelle 1973 erfolgten Ausweitung von § 26 Abs 2, der mit dem neu eingefügten Satz 2 auch Anwendung bei Abhängigkeitsverhältnissen findet, die durch das Fehlen von ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten gekennzeichnet sind, ist das Diskriminierungsverbot nicht in der Lage, dem iSd § 18 Gebundenen bei Machtausübung nicht marktbeherrschender Unternehmen Schutz zu gewähren. Der Alternative "ungerechtfertigt unterschiedliche Behandlung" kommt insofern nur untergeordnete Bedeutung zu. Die Anwendung der Alternative "unbillige Behinderung" scheitert daran, daß der Abschluß eines iSd § 18 einschränkenden Vertrags im Regelfall nicht als Behinderung iSd § 26 Abs 2 aufgefaßt werden kann.

Eine Verbesserung der Situation der iSd § 18 Gebundenen dürfte sich durch das gerade erlassene Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben. Da die Verträge iSd § 18 in den meisten Fällen Glieder eines ganzen Bindungssystems sind, ist anzunehmen, daß sie auf Grund von einseitig vorformulierten, vielfach anzuwendenden Vertragsbedingungen des Binders zustande kommen. Hierdurch wäre der Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes eröffnet. Die Generalklausel des AGB-Gesetzes ist auch auf Kaufleute anwendbar. Sie kann zu einem angemessenen Ausgleich der Interessen des Binders und des Gebundenen führen.

In Verbindung der Gedanken des Wettbewerbsschutzes und des Schutzes einzelner Unternehmen vor unbilligen Einschränkungen ihrer Wettbewerbsfreiheit ist ein Kollektivschutz angebracht, der einsetzen sollte, wie es seit der Novelle 1973 der Fall ist, wenn eine wettbewerbserhebliche Zahl von Unternehmen unbillig gebunden ist.

Zur notwendigen Stärkung der Stellung der gebundenen Un-

ternehmen im Verfahren sollte im GWB ein Antragsrecht zugunsten der beeinträchtigten Unternehmen aufgenommen werden, das die Eröffnung des Verfahrens nicht mehr allein dem kartellbehördlichen Ermessen unterstellt.

Das AGB-Gesetz sollte dem betroffenen Vertragsteil den Gang zum Gericht durch eine Streitwertbegünstigung erleichtern und das Prozeßkostenrisiko der wirtschaftlichen Lage des AGB-Unterworfenen anpassen.

L E B E N S L A U F

Am 17. April 1945 wurde ich als Sohn des Ingenieurs Emil Klein und dessen Ehefrau Margarethe, geb. Kilberth, in Aussig / Sudetenland geboren.

Nach der Volksschule (1951 - 1955) besuchte ich von 1955 bis 1964 das Alte Realgymnasium in München und legte dort im Juli 1964 das Abitur ab.

Von Oktober 1964 bis September 1964 leistete ich Wehrdienst.

Im Wintersemester 1966/67 begann ich das juristische Studium an der Universität München, das ich am 9. Dezember 1970 mit der ersten juristischen Staatsprüfung abschloß.

Die Referendarausbildung dauerte vom Frühjahr 1971 bis zum Herbst 1975, unterbrochen von einer etwa achtmonatigen, hauptamtlichen Tätigkeit im Organisationskomitee für die Olympischen Spiele 1972.

Am 19. September 1975 legte ich das zweite juristische Staatsexamen ab.

In der Zeit vom November 1975 bis zum April 1977 war ich bei der Bayerischen Finanzverwaltung als Regierungsrat z.A. tätig und bin seitdem in einer Steuerberatungskanzlei beschäftigt.

